


Digitized by Google

Zeitschrift

für

geschichtliche

Rechtswissenschaft,

herausgegeben

von

F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn

und

A. A. F. Rudorff.

Vierzehnter Band.

Berlin,

in der Nicolaischen Buchhandlung.

1848.

Zeitschrift

für

geschichtliche

Rechtswissenschaft,

herausgegeben

von

F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn

und

A. A. F. Rudorff.

Band XIV. Heft 1.

Berlin,

in der Nicolaischen Buchhandlung.

1847.

Inhalt des vierzehnten Bandes.

Heft 1.

Seite

Heft 2.

Heft 3.

I.

Ueber die schriftliche Eidesleistung.

Von

Herrn Geheimen Justizrath und Professor D. Blume

in Bonn.

I.

Was in neuester Zeit über die schriftlichen Eidesleistungen gesagt worden ist, kann den Vorwurf der Dürftigkeit nicht von sich ablehnen. Es giebt Bücher, in denen man auf eine umständliche Erörterung aller Eidesformeln rechnen durfte, und dennoch den schriftlichen Eid kaum oder gar nicht erwähnt findet [1]); und wenn auch für Einige die ganze Frage durch die Voraussetzung hinwegfällt, daß Mündlichkeit schon zu dem Wesen des Eides gehöre [2]), so ist doch andererseits wieder eben so

1) Iac. Frid. Ludovici diss. de solennibus iuramentorum. Hal. 1702. 4. — Naevii tract. de iuramentis. Vitemb. 1710. 4. cap. 1. — Stäudlin Geschichte der Vorstellungen und Lehren vom Eide. 1824. — Leue die Natur des Eides. 1836. S. 170—174.

2) Göschel über den Eid S. 183., 189., 190., 208.; vergl. Grimm deutsche Rechtsalterthümer S. 893., 903. Schon in

allgemein behauptet worden, daß bei einem minder feierlichen Eide die schriftliche Unterzeichnung der Eidesformel eben so wirksam sey, als das Aussprechen derselben [3]).

Diese letzte Behauptung wird jedoch vor Allem einer vorsichtigeren Begränzung bedürfen; dafür spricht nicht nur, daß man in früherer Zeit die Zulassung schriftlicher Eide stets an besondere Bedingungen geknüpft hat; schon die Natur der Sache scheint gewisse Einschränkungen dieser Art zu fordern. Die besonderen rechtlichen Wirkungen des Eides beruhen auf der gesteigerten, der Ewigkeit zugewendeten Gemüthsstimmung, die, bei dem Schwörenden vorausgesetzt, als Bürgschaft seiner Aufrichtigkeit angenommen wird [4]). Wahrnehmbar ist aber diese Gemüthsstimmung doch eigentlich nur bei dem mündlichen Eide, wo der Schwur und der Schwörende gleichsam noch in ungetrennter lebendiger Verbindung erschei-

---

Lyncker's diss. de iurisiurandi inualiditate (Ienae 1688, und im zweiten Theil der Senkenbergischen Ausgabe von Zanger de exceptionibus, Francof. 1723. 4.) cap. 2. §. 14. findet sich dieselbe Ansicht.

3) Mehlen Anleitung zur gerichtlichen Praxis, Th. I. 1800. S. 392. — Eichhorn Kirchenrecht Th. II. S. 546. — Scheinbar könnte schon bei Stryk (usus mod. pandect. XII, 2. §. 13.) dieselbe Ansicht gefunden werden; hier aber darf der wesentliche Unterschied nicht übersehen werden, daß nur von einer Gleichstellung „quoad uinculum conscientiae" die Rede ist.

4) Wie das kanonische Recht die Veritas in mente schon zum Wesen des Eides rechnet, ebenso auch schon die altrömische, noch von Justinian einmal wiederholte Formel: ex animi sententia iurare (const. 2. §. 2. de iure iurando pr. calumn. 2., 59.), vgl. Cuiacii obss. I., 21. Falck in den Eranien zum deutschen Recht, Lieferung II. 1826. S. 90—109.

nen; nicht so bei der leblos gewordenen Eidesformel, die erst, nachdem sie geschrieben, in die Hand des Lesers übergeht. Auch im günstigsten Falle war sie langsamer vollendet, als der gesprochene Eid; ja die Einheit des Actes konnte völlig zerrissen seyn, wenn sie früher, wohl gar von Anderen aufgesetzt als unterschrieben wurde: man konnte sich verschrieben oder auch unterschrieben haben, was man nicht gelesen, was man falsch gelesen hatte; selbst die vollendete Urkunde konnte noch zurückgelegt und durch ein bloßes Versehen in fremde Hände gerathen seyn. Die praktischen Verwickelungen, die daraus entstehen können, sind unserem Geschäftsleben nicht unbekannt; Stoff genug zu leidlichen Parodien auf den berüchtigten Vers des Euripides:

„Die Zunge schwur, doch unbeeidigt ist der Sinn."

II.

Sehen wir nun aber zunächst auf das römische Recht, so finden wir in den Pandekten nur ein einziges Zeugniß über die Anwendung des schriftlichen Eides; es ist von Modestin, der den falschen Versicherungseid in einem Pfandbriefe als periurium bezeichnet, und die Strafen des Stellionats darauf anwendet [5]).

Aus derselben Zeit stammt auch die älteste Andeu-

5) Fr. 4. Stellionatus (47., 20.): De periurio, si sua pignora esse quis in instrumento iurauit, crimen stellionatus fit, et ideo ad tempus exulat. — Daß in dem fr. 112. §. 4. de Legat. I. (30.) bei den Worten: iusiurandum in testamento scriptum nur an eine letztwillige Eidesauflage zu denken sey, bedarf kaum einer Erwähnung.

tung des schriftlichen Eides im Coder, und zwar eines Versprechungseides. Nach einem Rescript von Alexander Severus (222—235) nämlich soll der Minderjährige gegen Verzichte, die er mit einem körperlichen Eide bekräftigt hat, nicht restituirt werden [6]; dem unkörperlichen Eide also sollte diese Wirkung wohl nicht beigelegt werden. Daß aber das „iuramentum corporaliter praestitum" jeden mündlichen Eid bedeute, das läßt sich nicht bezweifeln, da in der Rechtssprache eines heidnischen Kaisers an körperliche Berührung der Evangelien noch gar nicht gedacht werden konnte. Andere Stellen des Coder dagegen, welche von eidlichen Verzichtleistungen reden [7], berühren die Form des Eides gar nicht.

In ähnlichem Sinne, wie Alexander Severus, haben auch Diocletian und Maximian, zwischen 294 und 305, der Minderjährigen, die sich mit einem körperlichen Eide für großjährig ausgegeben, alle Restitution dawider abgeschnitten, während ihr im Falle einer ähnlichen schriftlichen Versicherung noch gestattet blieb, ihre Minderjährigkeit durch einen Urkundenbeweis darzuthun [8]. Dabei ist aber die Verschiedenheit der Be-

6) c. 1. Si aduers. uendit. (2, 28.) Si minor annis uiginti quinque emtori praedii cauisti, nullam de cetero te esse controuersiam facturum, idque etiam iureiurando corporaliter praestito seruare confirmasti, neque perfidiae, neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti.

7) c. 41., 42. de Transactionibus (2., 4.).

8) c. 3. Si minor se maiorem dix. (2., 43.): . . si tamen in instrumento per sacramenti religionem maiorem te esse as-

zeichnungsweisen sehr charakteristisch; während der erste Fall als sacramentum corporaliter praestitum, als wirklicher Eid bezeichnet wird, helfen die Kaiser sich für den zweiten Fall mit der Umschreibung: „si in instrumento *per* sacramenti religionem maiorem te esse asseuerasti".

Dieß sind die einzigen Spuren schriftlicher Eidesleistungen aus dem dritten Jahrhundert unserer Zeitrechnung. Sie sind hinreichend zum Beweise, daß man sich in **Privaturkunden** mitunter solcher Formeln zu bedienen pflegte; aber sie beweisen zugleich, daß diesen Formeln die rechtlichen Wirkungen des körperlichen Eides keineswegs beigelegt wurden. Die arbiträre Strafe des Stellionats, die den meineidigen Verpfänder treffen sollte, *traf ihn in gleicher Weise*, wenn er ohne eidliche Versicherung fremdes oder anderweitig verpfändetes Gut betrügerisch zum Pfande gegeben hatte [9]); ohne solche besonderen Nebenumstände sollte, nach einem Rescripte des **Alexander Severus**, die Bestrafung falscher Eide, selbst der mündlichen, dem göttlichen Richter überlassen werden [10]).

---

seuerasti, non ignorare debes, exclusum tibi esse in integrum restitutionis beneficium, nisi palam et euidenter ex instrumentorum prolatione, non per testium depositiones, te fuisse minorem ostenderis. Huiusmodi autem sacramento corporaliter praestito, nullum tibi superesse auxilium, perspicui iuris est.

9) Fr. 16. §. 1. de Pignor. act. (13., 7.) **Paulus**: si rem alienam, uel alii pignoratam, uel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamuis et stellionatus crimen committat.

10) c. 2. de Reb. cred. (4., 1.): iurisiurandi contemta re-

Zweifelhaft bleibt auch das noch, ob der in jenen Stellen bezeugte Gebrauch der schriftlichen Eide in allen Theilen des römischen Reichs bekannt war. Bei Modestinus dürften wir zunächst an die östlichen Provinzen denken; wohin die kaiserlichen Rescripte gerichtet waren, das wissen wir freilich nicht.

Aus dem vierten Jahrhunderte, dem ersten der christlichen Kaiser, ja bis zum Jahre 456, hat sich gar kein Zeugniß über den Gebrauch schriftlicher Eidesleistungen erhalten. Doch kann dieser Gebrauch sich namentlich in Privat-Urkunden nicht ganz verloren haben, da Justinian ihn in dieser letzten Anwendung gelegentlich wieder erwähnt, wenn auch abermals nur zu dem Zwecke, um ihm jede juristische Bedeutung abzusprechen [11]).

Im Jahre 456 aber wird in der östlichen Hälfte des Reichs zuerst auch der processualischen Sitte gedacht, die cautio iudicio sisti mittels einer schriftlichen Eidesformel zu leisten. Der Eid allein konnte schon bei dem alten Vadimonium vorkommen, der Prätor selber hatte ihn hier vorgeschrieben [12]); nur

ligio satis deum ultorem habet. Vgl. c. 2. Ad leg. iul. maiestat. (9., 2.)

11) c. 16. de Non num. pec. (4., 30.): Indubitati iuris est, non numeratae pecuniae exceptionem locum habere et in talibus nominibus, uel foeneratitiis et aliis cautionibus, quae etiam sacramenti habent mentionem. Quae enim differentia est in huiusmodi exceptione, siue iusiurandum positum est siue non, tam in foeneratitiis cautionibus, quam in aliis instrumentis, quae talem exceptionem recipiunt?

12) Gaius, institt. IV., 184.: Qui autem in ius uocatus fuerit ... ni eo die finiuerit negotium, uadimonium ei facien-

die Fälle seiner Anwendung kennen wir nicht, und von dem Gebrauche schriftlicher Proceß-Cautionen findet sich wenigstens im Abendlande vor dem Edict des Theodorich [13]) keine ausdrückliche Erwähnung. Daß die Grundbesitzer, die von der Bürgenstellung bei jener Caution befreit waren [14]), eidliche oder schriftliche Sicherheit hatten leisten müssen, ist nicht einmal wahrscheinlich, denn diese besonderen Formen wären wohl nicht ganz unerwähnt geblieben, wenn man mehr als ein uadimonium purum von den Grundbesitzern verlangt hätte [15]). Der allgemeine Ausdruck cautio, den Macer auch bei den Grundbesitzern braucht, darf ohne einen näher bestimmten Zusatz (emissa, exposita u. dgl.) nicht unbedingt von Cautions-Urkunden verstanden

---

dum est, ut promittat se certo die sisti. 185. Fiunt autem *uadimonia ex quibusdam* causis pura, id est sine satisdatione, quibusdam cum satisdatione, quibusdam iureiurando, quibusdam recuperatoribus suppositis . . . eaque singula diligenter praetoris edicto significantur. — Paulus, fr. 16. Qui satisdare (2., 8.): Qui iurato promisit, se iudicio sisti, non uidetur peierasse, si ex concessa causa hoc deseruerit.

13) Edictum Theodorici cap. 145.: . . . dummodo tertio quemlibet capillatorum (d. h. Gothorum) fuisse conuentum, aut cautionis ab eodem emissae fides ostendat, aut . . . testium dicta confirment, quibus manifeste clareat, auctoritate pulsatum contempsisse dare responsum, nec noluisse ad iudicium conuenire. Vgl. cap. 73. eod.

14) Fr. 15. pr. Qui satisd. (2., 8.) Valentiniani III. Nouella 34. de episcopali iudicio (lib. II. tit. 35.) §. 15.

15) Fr. 15. §. 7. Qui satisd. (2., 8.): possessor autem quis, nec ne fuerit, tempus cautionis spectandum est: nam sicut ei, qui post cautionem possessionem uendidit, nihil obest, ita nec prodest ei, qui post cautionem possidere coepit.

werden [16]). Nur so viel dürfen wir unbedenklich zugeben, daß die natürlichen Vortheile einer schriftlichen Proceß-Caution, insofern sie zugleich den Beweis der Contumacia des Beklagten sicherte, auch den Gebrauch derselben veranlaßt und befördert haben werden; der allmählige Uebergang der wahren mündlichen Stipulationen in Stipulations-Urkunden, wie er neuerdings im Einzelnen nachgewiesen worden ist [17]), mag auch auf die Formen der Proceß-Cautionen eingewirkt haben. Dieser Entwickelungsgang erscheint um so natürlicher, wenn wir voraussetzen, daß der Beklagte sich schriftlich zum Empfange der Ladung habe bekennen müssen, seitdem für diese Ladung die Formen der litis denunciatio gebräuchlich wurden [18]).

III.

Was sich von der westlichen Hälfte des römischen Reichs nur vermuthen läßt, das ist für die östliche Hälfte mit ziemlicher Sicherheit nachzuweisen. Die allgemeine Vorliebe der Griechen für schriftliche Geschäftsformen hat ohne Zweifel viel dazu beigetragen, die Einleitung des Processes durch schriftliche Klagen zur Regel zu erheben, wie sie im justinianischen Rechte als solche erscheint. Daran knüpfte sich die Sitte schriftlicher Em-

---

16) Gneist die formellen Verträge des röm. Obligationenrechts. 1845. S. 234—236.

17) Gneist S. 239—241., 243 ff.

18) Vgl. Hollweg Handbuch des Civilprocesses, Bd. I. S. 247—249.

pfangscheine des Beklagten (ἀντίβιβλοι) über die gehörige Zustellung der Klage; eine Sitte, welche Justinian freilich erst im J. 537 zur gesetzlichen Verpflichtung erhob [19]). Dieser Empfangschein konnte aber zugleich zur cautio *iudicio* sisti benutzt werden, wenn man von der Bürgenstellung dispensirt war; eine Nothwendigkeit zweier getrennten Acte wüßte ich wenigstens mir nicht vorzustellen. Freilich erwähnt Justinian die persönliche Sicherheitsleistung (*προσωπικὴ ἐγγύη*) vor dem *ἀντίβιβλος*, aber gewiß nicht in der Absicht, eine chronologische Reihefolge beider Acte festzustellen.

War aber diese schriftliche Form der Proceß-Caution einmal durch Herkommen befestigt, so konnte es bei diesem außergerichtlichen Acte nicht verwehrt seyn, auch noch *eine Eidesformel in die Urkunde* einzuschalten, um die *Sicherheit des Klägers* wenigstens so weit zu erhöhen, als es ohne Bürgen und Pfänder möglich war; ja wir müssen annehmen, daß dieß selbst durch kaiserliche Edicte den Grundbesitzern zur Pflicht gemacht worden sey [20]).

---

19) Nov. 53. c 3. §. 2.: *ὑπογράφειν τῷ καλουμένῳ ἀντιβίβλῳ, δηλοῦντα καὶ τὸν χρόνον καθ' ὃν αὐτῷ τὸ βιβλίον ἐπιδίδοται, ἵνα μὴ καὶ περὶ τοῦτο τέχνη τις γένηται.* Vgl. Cuiacii expos. nouellar. ad h. l. — Das Wort *ἀντιβίβλος* ist in der Vulgata durch libellus responsionis übersetzt worden; daß aber auch die contradictorii libelli, welche schon von Arcadius und Honorius im J. 400 erwähnt werden (const. un. de His qui potent. nom. 2., 15.), und die cautio emissa in dem vorhin mitgetheilten cap. 145. des Edictum Theodorici, nichts weiter als solche Empfangscheine bedeuten, das möchte ich nicht so entschieden annehmen, als es in Hollweg's Civilproceß Bd. I. S. [illegible]. geschehen ist.

20) Const. 8. de Princ. agent. in reb. (12., 22.): Zeno

werden [16]). Nur so viel dürfen wir unbedenklich zugeben, daß die natürlichen Vortheile einer schriftlichen Proceß-Caution, insofern sie zugleich den Beweis der Contumacia des Beklagten sicherte, auch den Gebrauch derselben veranlaßt uad befördert haben werden; der allmählige Uebergang der wahren mündlichen Stipulationen in Stipulations-Urkunden, wie er neuerdings im Einzelnen nachgewiesen worden ist [17]), mag auch auf die Formen der Proceß-Cautionen eingewirkt haben. Dieser Entwickelungsgang erscheint um so natürlicher, wenn wir voraussetzen, daß der Beklagte sich schriftlich zum Empfange der Ladung habe bekennen müssen, seitdem für diese Ladung die Formen der litis denunciatio gebräuchlich wurden [18]).

III.

Was sich von der westlichen Hälfte des römischen Reichs nur vermuthen läßt, das ist für die östliche Hälfte mit ziemlicher Sicherheit nachzuweisen. Die allgemeine Vorliebe der Griechen für schriftliche Geschäftsformen hat ohne Zweifel viel dazu beigetragen, die Einleitung des Processes durch schriftliche Klagen zur Regel zu erheben, wie sie im justinianischen Rechte als solche erscheint. Daran knüpfte sich die Sitte schriftlicher Em-

16) Gneist die formellen Verträge des röm. Obligationenrechts. 1845. S. 234–236.
17) Gneist S. 239–241., 243 ff.
18) Vgl. Hollweg Handbuch des Civilprocesses, Bd. I. S. 247–249.

pfangscheine des Beklagten (ἀντίβιβλοι) über die gehörige Zustellung der Klage; eine Sitte, welche Justinian freilich erst im J. 537 zur gesetzlichen Verpflichtung erhob [19]). Dieser Empfangschein konnte aber zugleich zur cautio iudicio sisti benutzt werden, wenn man von der Bürgenstellung dispensirt war; eine Nothwendigkeit zweier getrennten Acte wüßte ich wenigstens mir nicht vorzustellen. Freilich erwähnt Justinian die persönliche Sicherheitsleistung (προσωπικη ἐγγύη) vor dem ἀντίβιβλος, aber gewiß nicht in der Absicht, eine chronologische Reihefolge beider Acte festzustellen.

War aber diese schriftliche Form der Proceß-Caution einmal durch Herkommen befestigt, so konnte es bei diesem außergerichtlichen Acte nicht verwehrt seyn, auch noch eine Eidesformel in die Urkunde einzuschalten, um die Sicherheit des Klägers wenigstens so weit zu erhöhen, als es ohne Bürgen und Pfänder möglich war; ja wir müssen annehmen, daß dieß selbst durch kaiserliche Edicte den Grundbesitzern zur Pflicht gemacht worden sey [20]).

---

19) Nou. 53. c 3. §. 2.: ὑπογράφειν τῷ καλουμένῳ ἀντιβίβλῳ, δηλοῦντα καὶ τὸν χρόνον καθ᾽ ὃν αὐτῷ τὸ βιβλίον ἐπιδέδοται, ἵνα μὴ καὶ περὶ τοῦτο τέχνη τὶς γένηται. Vgl. Cuiacii expos. nouellar. ad h. l. — Das Wort ἀντιβίβλος ist in der Vulgata durch libellus responsionis übersetzt worden; daß aber auch die contradictorii libelli, welche schon von Arcadius und Honorius im J. 400 erwähnt werden (const. un. de His qui potent. nom. 2., 15.), und die cautio emissa in dem vorhin mitgetheilten cap. 145. des Edictum Theodorici, nichts weiter als solche Empfangscheine bedeuten, das möchte ich nicht so entschieden annehmen, als es in Hollweg's Civilproceß Bd. I. S. 256. geschehen ist.

20) Const. 8. de Princ. agent. in reb. (12., 22.): Zeno

Eine wiederholte Bestätigung dieser Verbindlichkeit durch Justinian, vom J. 530, hat sich wenigstens in den Basiliken erhalten [21]).

Eben diese Sitte ist es nun, welche schon im Jahre 456 von Marcian erwähnt wird, aber nur um ihre Anwendung auf Geistliche zu verbieten [22]); wie denn auch später, im J. 469, Leo und Anthemius den Geistlichen die Bürgenstellung abermals erlassen haben, ohne der eidlichen Caution irgend zu gedenken [23]).

Andererseits haben aber die byzantinischen Kaiser jene privilegirte Form auch noch auf einzelne Fälle angewendet, in welchen es keines Grundbesitzes bedürfen sollte: namentlich zu Gunsten der meisten Hofbeamten [24]), fer-

---

a. 484.: ita uidelicet, ut pro tenore generalium edictorum hi qui uel in sacratissima urbe, uel in prouinciis immobiles possideant facultates, adiuratoriae cautioni et substantiae suae credantur.

21) Const. 4. §. 1. de Sportulis (3., 2.) aus den Basiliken VII., 6., 20.: *εἰ μὲν ἀκίνητον κτῆσιν ἔχουσιν, ἐξωμοσίας ἐκτιθέσθωσαν γραμματεῖον, εἰ δὲ οὐκ ἔχουσιν, ἐγγυητὴν . . . παρεχέτωσαν.*

22) Const. 25. §. 1. de Episcopis (1., 3.): clericus lite pulsatus det executori . . . cautionem suam, cui nullum tamen insertum erit iusiurandum, quia ecclesiasticis regulis . . . clerici iurare prohibentur.

23) Const. 33. §. 3. eod.: nulla praebendi fideiussores molestentur iniuria: sed aut uicariis fideiussionibus contradantur, quas tamen stipulationum sollemnis cautela uallauerit, aut cautioni et professioni propriae, aut facultatum suarum obligationibus committantur. — Was mit den uicariae fideiussiones in Stipulationsform gemeint war, bekenne ich nicht mit Sicherheit erklären zu können; für contradantur haben einige Handschriften credantur.

24) Zuerst durch Leo und Zeno (472—474) der castrensiani und ministeriani; dann, durch Zeno allein (474—491) der

ner der Staatsbeamten, insofern sie in den ersten funfzig Tagen nach niedergelegtem Amte für ihre Amtsführung haften sollten [25]), endlich zu Gunsten aller uiri illustres. Diese letzte Bestimmung des Kaiser Zeno, von ungewissem Datum, ist besonders deßhalb wichtig, weil sie ausdrücklich von schriftlichen Eidesformeln redet [26]), während in den übrigen Stellen nur allgemein von einem „iuratoriae (adiuratoriae) cautioni committi" gesprochen wird.

IV.

Nach dem Bisherigen war also der Gebrauch schriftlicher Eidesleistungen mit bestimmter rechtlicher Wirksamkeit einer dreifachen Beschränkung unterworfen: er findet sich nur im oströmischen Reiche, nur bei der cautio iudicio sisti, und auch hier nur als speciel-

---

scholares; endlich durch Anastasius (491—518) der memoriales. Const 4. §. 4. de Castrensianis (12., 16.). Const. 3. §. 3. de Priuileg. scholar. (12., 30.). C. 12. pr. de Proxim. sacr. scrin. (12., 19.).

25) Const. 1. pr. Ut omnes iudices (1., 49.), von Zeno.

26) Const. 17. pr. de Dignitatib. (12, 1.): Quotiens ex priuata cuiuslibet interpellatione ciuili uel criminali uiri illustres conueniendi sunt, nulla dandae fideiussionis concussione uexentur, sed per speciale priuilegium suae committi fidei consequantur, iuratoria ab his cautione tantummodo exponenda. Quamsi neglexerint et contra insertum cautioni sacramentum ipsi uel eorum procuratores abfuerint: in pecuniariis quidem causis super possessione rerum ad eos pertinentium iudex competens, quos iuris auctoritas et rei qualitas suggesserit, ordinabit. In criminalibus uero negotiis dignitate quoque, qua se per suum periurium indignos esse probauerint, spolientur etc.

les Privilegium einzelner Personen. Auf diese Privilegien wird auch in Justinian's Institutionen hingedeutet: sie erwähnen der iuratoria cautio des Beklagten, freilich ohne sie ausdrücklich als schriftliche Eidesleistung zu bezeichnen [27]).

Nach dem Vorbilde dieser Privilegien hat aber Justinian einige andere Fälle geordnet, in welchen die schriftliche Eidesleistung als Nothhülfe, wegen Mangels anderer Sicherheiten, gestattet seyn sollte.

1) Der älteste Fall dieser Art findet sich schon im Codex; wer seine Freiheit gerichtlich vertheidigen mußte, der durfte sich, bei erweislicher Unfähigkeit zur Bürgenstellung, auf die Ausstellung einer eidlichen Caution beschränken [28]).

2) Sodann ist in den Novellen auch dem Kläger die schriftliche Eidesleistung als Nothhülfe gestattet worden. Noch im J. 537 war die Bürgschaft als die ein-

27) § 2. I. de Satisdat. (2., 11.) Sed haec hodie aliter obseruantur. Siue enim quis in rem actione conuenitur, siue in personam suo nomine, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur: sed pro sua tantum persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis, uel committitur suae promissioni cum iureiurando, quam iuratoriam cautionem uocant, uel nudam promissionem, uel satisdationem pro qualitate personae suae dare compellitur.

28) Const. 1. §. 2. de Adsert. toll. (7., 17.) Omnes uero qui pro libertate periclitantur, si quidem possint fideiussorem dare, eum exigi: sin uero reuera datio eius impossibilis eis sit, hocque iudici manifeste ostendatur, iuratoriae cautioni committi: scientes quod si post huiusmodi expositionem abfuerint, et edictis citati in absentia nihilominus per annum durauerint, omnimodo seruituti obnoxii erunt.

zig zulässige Form seiner Cautionen für Proceßkosten und für Fortsetzung des Processes behandelt worden [29]), und auch im J. 539 konnte Justinian's unbestimmterer Ausdruck: „πρὶν ἂν ἀσφάλειαν ἔκθοιντο“ [30]) nur von der Bürgschaft gemeint seyn, weil damals dem Kläger selbst ein mündlicher Eid noch nicht gestattet war. Erst im J. 541 ist er zur eidlichen Caution, und zwar in schriftlicher Form, gelassen worden, falls er zuvor mündlich die Unmöglichkeit einer Bürgenstellung beschwören würde [31]). Dieser merkwürdige Unterschied zwischen dem ersten mündlichen und dem zweiten schriftlichen Eide ist abermals ein klarer Beweis, daß Justinian an eine Gleichstellung beider Formen niemals gedacht hat.

3) Sehr ähnlich lautet eine Bestimmung vom J. 556 über die angeklagten Frauen, welche eidlich versichern würden, keinen Bürgen stellen zu können; auch sie sollen unter dieser Voraussetzung, und wenn nur keine besonders schwere Anklage vorliege, die Untersuchungshaft durch ein eidliches Versprechen, sich dem Criminalprocesse nicht entziehen zu wollen, abwenden dürfen [32]).

---

29) Nov. 53. c. 1. 2.

30) Nov. 96. c. 1. s. unten Note 34.

31) Nov. 112. c. 2. pr. εἰ δὲ εἴποι μὴ εὐπορεῖν ἐγγυητὴν δοῦναι τηνικαῦτα παρὰ τῷ δικαστῇ παρ' ᾧπερ ἡ ὑπόθεσις μέλλει ἐξετάζεσθαι, τῶν ἁγίων εὐαγγελίων προκειμένων, δι' ὅρκου τοῦτο αὐτὸ διαβεβαιώσασθαι, καὶ οὕτως ἐνώμοτον αὐτὸν ἐκτίθεσθαι ὁμολογίαν, καὶ δι' αὐτῆς ἅπερ ἀνωτέρω εἴρηται ὁμολογῆσαι. — Authent. Generaliter, post const. 25. de Episcopis (1., 3.).

32) Nov. 134. c. 9.: εἰ δὲ ὀμόσει μὴ δύνασθαι δοῦναι ἐγγυητὴν, ἐξωμοσίαν ποιήσει περὶ τῆς εἰς τὸ δικαστήριον προσεδρείας.

Aber es ist nicht gesagt, daß dieser zweite Eid auch ein schriftlicher seyn dürfe, und die bloße Aehnlichkeit desselben mit der cautio iudicio sisti scheint mir dafür keinen genügenden Beweis abzugeben. Denn auch im Codex, in einer restituirten Verordnung Justinian's, ist von diesem Eide der Angeklagten beider Geschlechter die Rede, ohne daß dabei auf eine schriftliche Form der Eidesleistung hingedeutet wäre [33]).

Dagegen werden in einem anderen, nicht processualischen Falle die von Justinian gewählten Ausdrücke allerdings wohl von dem schriftlichen zu verstehen seyn.

In der 22sten Novelle nämlich, vom J. 536, ist von der lex iulia miscella und von Quintus Mucius Scävola die Rede. Letzterer habe den Grundsatz eingeführt, daß die Wittwe ein Vermächtniß ihres verstorbenen Gatten, welches ihr unter der Bedingung des Wittwenstandes hinterlassen worden, nach Jahresfrist nur gegen besondere Sicherheitsleistung habe erwerben dürfen. Dieß bezeichnet Justinian wiederum mit den Worten: *πρὶν ἂν ἀσφάλειαν ἔκθοιντο* [34]). Damit hat er gewiß nicht bezeugen wollen, daß schon Scävola gerade eine schriftliche Sicherheit verlangt habe; seine eigene Vorschrift hingegen, daß diese Caution eidlich seyn solle, kann eben so wenig von einem mündlichen

---

33) Const. 6. §. 3. de Custodia reor. (9., 4.): *δίδοσθαι αὐτὸν ἐπὶ ἐξωμοσίᾳ*, oder nach dem Scholiasten: *ἐξωμοσίᾳ καταπιστευέσθω*.

34) Nov. 22. cap. 43. init., s. oben Note 30.

Eide gemeint seyn, denn er bezeichnet sie mit den Worten: εἰ μὴ διωμοσίαν ἔχθοιτο [35]).

4) Endlich findet sich noch in der 48sten Novelle, vom J. 537, der Eid des Testirers über den Belauf seines Vermögens erwähnt. Daß ein solcher Eid in das Testament mit aufgenommen werden durfte, das lag schon in der Natur der Sache, nach der richtigeren Uebersetzung aber auch in den Worten der Novelle [36]).

Hiemit sind aber auch Justinian's Ausdehnungen der schriftlichen Eidesleistungen geschlossen: in anderen nicht ganz unähnlichen Fällen hat er entweder den mündlichen Eid oder nur ein bloßes einfaches Versprechen gefordert. Jenes bei Erweiterung der Richtereide [37]), der processualischen Calumnieneide [38]) und der Zeugeneide [39]), dieses, als er im J. 542 die Proceßcautionen der Argentarien, als Kläger, erleichtern wollte [40]).

V.

Daß das byzantinische Mittelalter an den überlie-

---

35) Ibid. cap. 44. §. 2.; vgl. §. 3—5. eod.

36) Nou. 48. c. 1.: εἴπερ ὅρκον ὁ τελευτῶν ὑπόσχοι κατὰ τὰς ἑαυτοῦ διαθήκας. Die Vulgata übersetzt dieß: si quidem iusiurandum moriens praebuerit et iurauerit secundum sua testamenta; die verbesserte Uebersetzung lautet: si defunctus iusiurandum praestitit uel in testamento . . . iurauit.

37) Const. 14. de Iudiciis (3., 1.) cfr. const. 13. §. 4. eod. Nouell. 8. c. 14. et append. tit. 3. Nou. 90. c. 9 fi.

38) Const. 2. de Iureiur. pr. cal. (2., 59.). Nou. 90. cit. Nou. 124. c. 1.

39) Nou. 90. c. 9 fi.

40) Edict. Iustin. 7. cap. 5.

immer [illegible] des schriftlichen Eides festgehalten war. [illegible] aus inneren Gründen wohl zu vermuthen [illegible], und einzelne Stellen der Basiliken wie der [illegible] Novellen beweisen hinreichend, daß ihnen die [illegible] wenigstens nicht unbekannt war. So ist in der Ueberschrift des tit. 4. Stellionatus von einer [illegible] die Rede [41]); und in der Uebersetzung der c. 3. Si minor se maiorem [illegible] werden beide Formen der Eidesleistung ausdrücklich unterschieden. Aber eben diese letzte Stelle erklärt durch einen besonderen Zusatz, daß nur der mündliche Eid ein wahrer Eid sey [42]). Darum ist denn auch in einer andern Stelle die besondere Bezeichnung des Eides als eines schriftlichen ganz ausgelassen worden [43]), und in Balsamon's Scholien zum Nomokanon des Photius wird das allgemeine Verbot des Eides für die Geistlichen nur als Verbot des körperlichen Eides [illegible], weil er die schriftliche Form nicht mehr als einen wahren Eid betrachtete [44]).

---

41) Basil. LX. 38. 4. Th. VII. S. 534. der Fabrotschen Ausgabe.

42) Basil. X. 25. 3. Th. I. S. 6[illegible]. der Fabrotschen, S. [illegible] der [illegible] Ausgabe: [illegible] ... ἐν συμβολαίῳ μετὰ [illegible] ... [illegible] ... ὄντως ὁ ὅρκος σωματικῶς [illegible] σοί. τουτέστιν αὐτῇ τῇ ἀληθείᾳ ἐπόμο[illegible]...

43) Basil. X. 10. 1. in der Uebersetzung der const. 1. Si adversus venditionem (2. 28.).

44) Balsamonis schol. ad Photii nomocanon tit. IX. c. 27. Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 994. Es wird hier zunächst erwähnt, daß die const. 25. Cod. de Episcopis (1. 3.) nicht in die Basiliken aufgenommen sey, und dann

VI.

Viel entschiedener noch verschwand der schriftliche Eid im Abendlande. Den Germanen war er gänzlich unbekannt [45]), und in den Rechtsquellen der Römischen Kirche wird er eben so wenig erwähnt. Eine Stelle der Capitulariensammlung des Ansegis, welche auch in mehrere Canonensammlungen übergangen ist, erwähnt vier verschiedene Formen der Eidesleistung, nur die schriftliche nicht [46]). Gregor VII. spricht einmal von einer Zusage des Frankenkönigs, welche „iuramento uel fidei obligatione" bestärkt worden sey [47]); aber gerade diese Entgegensetzung beweiset sehr klar, daß das fürstliche Versprechen auf Treu und Glauben nicht als Eid betrachtet wurde. So kann denn auch der öfter vorkommende Ausdruck: „sacramentum catholicae fidei" jedenfalls nur auf mündliche Eide bezogen werden [48]); zweifelhaft

---

hinzugefügt: ζητητέον οὖν εἰ ὀφείλουσιν οἱ ἐπίσκοποι καὶ οἱ κληρικοὶ ὅρκους διδόναι σωματικούς. καὶ νομίζω ὅτι ἐπεὶ τὰ ἀπὸ τῶν κωδικῶν ἐκληφθέντα κεφαλαία καὶ τεθέντα εἰς τὰ βασιλικὰ . . . οὐ μέμνηνται ὅλως ὅρκων, ἐκωλύθη τὸ ὀμνύειν ὅλως ἐπίσκοπον ἢ κληρικόν. δια γὰρ τοῦτο καὶ ἀντι σωματικου ὅρκου ἐπενοήθη ἡ ἐγγραφὴ καταθεσέως τόπον ἐπέχουσα, καὶ ἀναπληροῦσα ἅπερ ὁ σωματικὸς ὅρκος ποιῆσαι ἔμελλε.

45) Grimm deutsche Rechtsalterthümer S. 893. 903.

46) Ansegisi Capitul. lib. I. c. 61. . . . ut caueant periurium, non solum in sancto euangelio uel in altari, seu in sanctorum reliquiis, sed et in communi loquela. — Die Canonensammlungen haben den h. Hieronymus zum Autor dieser Stelle gemacht. can. 12. C. 22. qu. 1.

47) Cap. 3. X. de Iureiurando (2., 24.).

48) Ducange glossar. latin. med. aeui s. v. iurare (col. 1532. 33. ed. Venet.).

bleibt nur die Frage, ob und welche speciellere Formeln des mündlichen Eides dadurch bezeichnet werden sollten.

Den Glossatoren freilich konnte es nicht entgehen, daß das justinianische Recht auch schriftliche Eide kenne, ja zum Theil sie sogar vorschreibe. Sie erläutern dieselben durch den Ausdruck: iuramentum uerbotenus praestitum, als den Gegensatz des iuramentum corporaliter praestitum [49]). Aber da, wo diese Eidesform wirklich eine praktische Bedeutung haben sollte, bei den Proceß-Cautionen nämlich, erklärten sie es für eine ganz ausgemachte Sache, für eine „ferrea et tenacissima consuetudo", daß diese Cautionen theils gar nicht mehr üblich, theils durch Pfand-Bestellungen ersetzt worden seyen [50]); oder wenn sie des Eides als Cautionsmittel gedenken, berühren sie doch die schriftliche Form desselben nicht besonders [51]). Einmal wird in der Glosse die

49) Azo und Accursius zur c. 1. Si aduers. uendit. (2., 28.) und zur c. 3. Si minor se maior. (2., 43.)

50) Iohannis Bassiani summa, in Savigny's Gesch. des röm. Rechts Bd. IV. S. 451—53. Pillius de ord. iudiciorum §. 1. 2. (ed. Bergmann p. 5. 6.) Tancredi ordo iudiciarius P. II. tit. 14. tit. 15. §. 1. (Bergmann p. 175. 176.) Casus Francisci (richtiger Willelmi Accursii) ad §. 2. I. de Satisdationib. (4., 11.)

51) Gloss. ord. ad cap. 7. X. de Don. int. uir. (4., 20.) uerb. sub ea quam potest cautione praestare: Iuratoriam s. in aut. Vt nulli liceat habere loci conseruatorem §. Si uero crimen, Coll. IX. [Nou. 134. c. 9.] Ubi dicitur quod si mulier accusatur de crimine, pro quo debeat custodiri, debet dare fideiussorem: si fideiussorem dare non potest, iuratoriam cautionem praestet, et sufficit. Cod. de Episc. et Cler. aut. Generaliter, et in aut. de Litigiosis §. Ad excludendas

Frage berührt, ob zum körperlichen Eide die Berührung der Evangelien wesentlich sey; auch diese Frage hat aber keine Veranlassung gegeben, der schriftlichen Eidesleistung zu gedenken [52]).

Auch die neu entstandenen Rechtsquellen des Mittelalters haben den Eid in diesem Sinne behandelt: sie erwähnen entweder der vorliegenden Evangelien [53]), oder verlangen wenigstens ausdrücklich einen körperlichen Eid [54]), nicht im Sinne einer willkürlichen Auswahl aus mehreren gleich gültigen Formen, sondern um das Wesentliche der einzig vollgültigen Eidesleistung schärfer hervorzuheben. — So hat denn auch noch die Peinliche Gerichtsordnung vom J. 1532 bei den Strafen des Meineids und des Urphedebruchs offenbar nur an mündliche Eide gedacht [55]), und auf diese allein beschränken sich die zahlreichen Eidesformulare in der Reichskammergerichtsordnung von 1555 [56]). Ein an Eidesstatt abzulegendes Handgelübde schreibt der Reichsabschied von

---

[Nov. 112. c. 2.] unde sumpta est hec aut. Generaliter, Coll. VIII. (s. oben Note 31. 32.)

52) Gloss. ord. ad Clem. 1. §. 3. de Hereticis (5. 3.) uerb. tacta . . . Apud italos interpretatur consuetudo, quod sufficit quemlibet librum uel quamlibet scripturam tangere: quod satis puto procedere, etiam ubi de corporali iuramento exprimitur; non sic ubi de tactura euangeliorum.

53) II. Feud. 5. 7.

54) Friedrich II. in den constitutiones regni Siculi I, 44. (Canciani legg. barb. T. I. p. 318.) Carl IV. in der Goldenen Bulle vom J. 1356 Cap. II. §. 2.

55) P. G. O. Art. 107. 108. vergl. Feuerbach peinl. Recht §. 422. Note b. der 13ten Ausgabe.

56) C. G. O. v. 1555. Th. I. Tit. 57—86.

1557 für die Colloquenten bei dem damals beabsichtigten Religions-Colloquium vor [57]); darunter konnte also auch damals ein wirklicher Eid nicht verstanden werden. Auch später noch ward das allgemeine Princip: quod forma non possit adimpleri per aequipollens, von einigen Juristen gegen die Möglichkeit eines schriftlichen Eides geltend gemacht [58]), während Andere sich auch wohl auf eine justinianische Novelle beriefen, worin der Eid durch Verba bezeichnet wird [58b]), oder auf eine Stelle des canonischen Rechts, welche den Eid einen sermo nennt [59]). Dawider ward freilich von der Gegenseite eingewendet, daß der Eid ein Gott geleistetes Versprechen sey [60]); nur das scheint man nicht näher erwogen zu haben, daß diese Eigenschaft des Eides doch nur bei dem promissorischen, nicht bei dem assertorischen Eide die mündliche Versicherung hätte entbehrlich machen können.

---

57) Reichsabsch. von 1557. §. 22., in der Senkenbergischen Sammlung der Reichsabschiede Th. III., S. 140.

58) Modestin. Pistor consil. 19. num. 47 sqq. — Andr. Gail (Geyl) nouum opus consilior. Francof. 1662. fol. P. I. consil. IV. num. 19. — Thesaurus locorum communium iurisprudentiae ex axiomatibus Augustini Barbosae et analectis Io. Ottonis Taboris concinnatus. Ed. V. Lips. 1719. lib. VI. cap. 38. (uerb. forma) axiom. 11.

58b) Nou. 17. cap. 6.

59) Cap. 26. X. de iureiurando (2, 24.). Namentlich ist dieses Argument in der oben (Note 2.) angeführten Dissertation von Lynker wiederholt worden.

60) Alciat. in Decretal. rubr. de iureiur. n. 19—21. (Opp. T. III. p. 700.) Ierem. Setser de iuram. Francof. 1608. lib. I. c. 9. n. 3. 4.

VII.

Diese Streitfrage: an uerba in iuramento necessaria sint? hat allerdings schon die s. g. Doctoren des funfzehnten Jahrhunderts vielfach beschäftigt, und sie haben ihre Erörterungen darüber zum Theil auch an eine Stelle des römischen Rechts angeknüpft [61]). Aber so wie in dieser Stelle gar nicht von jener Frage die Rede ist, so ward auch andererseits von den wirklich einschlagenden Stellen des römischen Rechts gar keine Notiz genommen, bis viel später von Cujas wieder an die zwiefache Eidesform im justinianischen Rechte und an die Terminologie der Byzantinischen Juristen erinnert worden war [62]). So begnügte man sich denn auch mit allgemeinen Untersuchungen über die Entbehrlichkeit der Worte, ohne auf die Statthaftigkeit des schriftlichen Eides näher einzugehen [63]). Es waren drei speciellere

---

61) Nämlich an das fr. Iurasse, 26. pr. de Iureiurando (12., 2.). Die Canonisten berührten sie häufig schon bei der Rubrik des Decretalentitels de Iureiurando (2., 24.), außerdem aber auch in mancherlei Monographien, worüber die unten, Note 63, angeführten Schriftsteller nähere Nachweisungen enthalten.

62) Cujas citirt einmal den Theodorus Hermopolites (paratitla Cod. tit. Si aduers. uend., Opp. ed. Neapolit. II, 120.), öfter den Theodorus Balsamon, jedoch in der von mir benutzten Ausgabe stets mit irrigen Zahlen (z. B. Expos. Nouell. 51., Opp. II. 1098. Comment. in Cod. IV. 1., Opp. IX, 189.; und Notae in Cod. II, 28., Opp. X. 897. 98.).

63) Seraphinus de priuilegiis iuramentorum (zuletzt herausgegeben von Benekendorf und Bulteius, Francof. 1679. fol.) priuil. 22. num. 101—116. Fachinei controuersiae iuris (1601) lib. 3. cap. 8. — Setser de iuram. lib. 1. c. 9. n. 3. 4. Gonzalez Tellez in Decretal. lib. II. tit. 24. cap. 26. num. 10.

Veranlassungen, welche zur Anwendung dieser besonderen Eidesform zurückführten: der schriftliche Eid sollte nämlich theils als Nothhülfe, theils als Standesprivilegium, theils als Zugabe zu schriftlichen Contracten benutzt werden.

Als Nothhülfe ist die schriftliche Eidesleistung den Stummen gestattet worden, namentlich bei Zeugenaussagen und beschwornen Urpheden. Daß stumme Personen ein Zeugniß abzulegen fähig seyen, das hatte schon die Glosse des canonischen Rechts angenommen [63b]), und daraus schien denn auch die Zulässigkeit eines Zeugeneides ohne mündliche Rede sich von selbst für sie zu ergeben; um so mehr, als der Gebrauch schriftlicher Zeugenaussagen sich durch Ortsgewohnheit auch bei nicht stummen Personen mitunter eingeschlichen hatte [64]). Für den praktischen Gebrauch der Beeidigung stummer Zeugen ist Alciat einer der frühesten Gewährsmänner [65]), dessen eigene Ansicht auch von den nachfolgenden Schriftstellern meist gebilligt worden ist [66]). Aber ganz unbe-

---

63b) Glossa can. 15. C. 3. qu. 9., uerb. quae nouerunt. vgl. Sam. Stryk de iure sensuum, Francof. 1671. 4. Diss. IV. c. 4. n. 21—26.

64) Gail obss. lib. I. obs. 100 in fi. bezeugt diese Gewohnheit namentlich von Oestreich und Böhmen; auch erwähnt er, daß Felinus (Bischof von Lucca, zum cap. de testibus, num. 7. X. de Testibus) zwar diese Gewohnheit im Allgemeinen verwerfe, aber doch fünf Ausnahmen zulasse.

65) Alciati Comm. in Decretal. rubr. de iureiurando n. 21.: ista opinio mihi placet, et est approbata in practica.

66) Tiraquellus de legib. connubiorum, gloss. 7. num. 18. (Opp. T. II. p. 305.) — Setser de iuram. lib. I. c. 9. num. 3. 4. Hilliger Donell. enucleat. lib. 24. cap. 13. lit.

stritten war selbst diese Frage nicht, sie hatte auch ihre entschiedenen Gegner [67]), und noch bedenklicher ward die Ausdehnung dieses Vorrechts der Stummen über den Zeugeneid hinaus gefunden. So hat z. B. die Leipziger Juristenfacultät im J. 1635 es vorgezogen, auf einen mündlichen Urphede-Eid des Scharfrichters zu erkennen, den dieser im Namen eines stummen Verbrechers schwören sollte [68]); und Stryk, der es unbedenklich findet, dem Stummen einen Eid zu deferiren, will ihn doch zum suppletorischen Eide nur mit der größten Vorsicht zugelassen wissen [69]).

Unter den neueren Gesetzgebungen hat die Preußische ausdrücklich bestimmt, daß Stumme, insofern sie überhaupt als Zeugen abgehört werden könnten, die ihnen vorzulegende *Eidesformel* in Gegenwart der *instruirenden Gerichtsperson* abschreiben und unterzeichnen müssen; aber auch diese Form scheint eigentlich nur als Surrogat der wirklichen Eidesleistung, und nicht als besondere Abart derselben angesehen worden zu seyn [70]).

B. in fin. — Stryk l. c. num. 27. 29., und im Usus mod. pand. lib. XII. tit. 2. §. 13. — Naevius tract. de iurament. Vitemb. 1710. lib. III. c. 3. §. 13. — Malblanc de iureiur. §. 9. 94 ff. (pag. 22. 271. der zweiten Ausgabe.)

67) Rutger Rulant de commissariis. Francof. 1617. 4. P. IV. lib. 6. cap. 10. membr. 1. n. 21. (pag. 431.) — Auch Ummius ad process. disp. 14. thes. 2. n. 16. wird als solcher Gegner genannt.

68) Finkelthauss obss. 45. qu. 1. qu. 4. n. 18. 20. — Stryk de iure sens. l. c. n. 45.

69) Stryk l. c. n. 30—44.

70) Preuß. Allg. Proceß-Ordnung Th. I. Tit. 10. §. 203. vgl. 227. 315.

VIII.

Als Standesprivilegium könnte die Zulassung zum schriftlichen Eide allenfalls schon in der Goldenen Bulle vom J. 1356 gefunden werden, indem diese es den sämmtlichen Reichsständen, auch den Stadtgemeinden, zur Pflicht macht, den Wahlfürsten das sichere Geleit zum Wahlacte schriftlich und eidlich zu versprechen [71]. Allein eben diese Goldene Bulle hatte doch (im Cap. 2. §. 2. 3.) noch selbst den Churfürsten einen mündlichen Eid in sehr bestimmter Form auferlegt; die allgemeinere Substitution schriftlicher Eidesleistungen hat sich wohl erst später aus der herkömmlichen Ansicht entwickelt, daß jede Versicherung bei Fürstlichen oder Adligen Treuen eben so viel gelten solle als der Eid einer Person aus fürstlichem oder höherem Adelsstande [72]. Aber auch dieses Herkommen ist nur als besondere Landesgewohnheit einzelner Territorien, nicht als eigentlich gemeines Gewohnheitsrecht für ganz Deutschland anerkannt worden [73], und wo sich die Frage recht genau erörtert findet, da wird auch nur dem wirklichen Aussprechen jener Formel, nicht dem bloßen Einrücken derselben in eine von Notaren oder Schreibern aufgesetzte Urkunde, jene Wir-

71) Aur. Bulla cap. 1. §. 7.: praemissa omnia literis et iuramentis suis firmare.

72) Andr. Gail (Geyl) consil. lib. I. consil. 36. num. 6. — Setser de iurament. lib. 1. c. 9. num. 6. — Martin Benekendorf in den additiones zu Seraphinus de priuilegiis iuramentorum, Priuil. 77. add. 10. 11.

73) Gail l. c. lib. I. consil. 4. num. 19.

tung beigelegt [74]). Als Reichsrecht hat jenes Herkommen erst im J. 1543 zu Gunsten der Fürsten gerichtliche Anerkennung gefunden [75]), worauf denn im Jahre 1555 auch die gesetzliche Bestimmung erfolgt ist, daß die Reichsfürsten bei Uebernahme des Amts eines Kreisobersten „bei Versprechung und Zusage ihrer fürstlichen Würden und wahren Worten gelassen" werden sollten, während alle anderen Personen in diesen und ähnlichen Fällen einen leiblichen Eid zu schwören hatten [76]). Dagegen hat die Reichskammergerichtsordnung von demselben Jahre die Reichsfürsten zwar von persönlicher Ableistung des Reinigungseides gegen den Verdacht des Landfriedensbruches dispensirt, jedoch nur, wenn der Eid in seine Seele durch einen adligen Stellvertreter geleistet würde [77]); und *auf gleiche* Weise ist im J. 1654 bei dem Calumnieneide den Grafen und Freiherren zwar die persönliche, nicht aber ihren Procuratoren die mündliche Eidesleistung erlassen worden [78]).

Nach der Preussischen allgemeinen Proceßordnung soll den Personen fürstlichen Standes, wenn sie einen Zeugeneid zu leisten haben, die im Vernehmungsprotokoll zu verzeichnende Eidesformel von dem Commissarius des

---

74) Matth. Wesembecii consilia. Pars I. cons. 52. n. 78. — Gail l. c.

75) Mynsinger a Frundeck observationes iudicii imperialis camerae. Basil. 1563. fol. centur. I. obs. 17. Er nennt eine solche Zusage die promissio „bei fürstlichen Ehren und Würden".

76) Reichsabschied v. 1555. §. 58.

77) C. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. 10. §. 5.

78) Jüngster Reichsabschied v. 1654. §. 117.

Gerichts vorgelesen und zur eigenhändigen Unterschrift vorgelegt werden [79]; und ähnliche Bestimmungen finden sich auch in andern deutschen Staaten [80]. In Frankreich hat man im J. 1830 drei schriftliche Eidesleistungen in der Pairskammer zugelassen, wahrscheinlich nur, weil man es in jener aufgeregten Zeit mit den Formen so genau nicht nehmen durfte [81].

IX.

Was endlich die Verbindung des schriftlichen Eides mit den schriftlichen Contracten anlangt, so läßt sich dabei eine zwiefache Veranlassung unterscheiden.

Erstens fand man darin ein Mittel zur Anwendung des Executivprocesses. Ausgehend von dem Satze des Römischen Rechts, daß dem Eide eine noch höhere Autorität gebühre, als dem rechtskräftigen Urtheil [82], glaubte man durch Schuldbekenntnisse in Form eines deferirten Eides die Litiscontestation und die Verurtheilung des Schuldners entbehrlich zu machen, und auf ein solches Bekenntniß hin eben so zur „parata executio" berechtigt zu seyn, wie es überhaupt bei den Verschreibungen „cum quarentigia" in Italien hergebracht war. Für solche Eide hatte schon Bartolus, bei Gelegenheit der

79) Preuß. Allg. Proceßordn. I., 10. §. 203.

80) Oesterr. Allg. Ger.-Ordn. §. 223. 227. Sächs. Gesetz vom 28. Jan. 1835. §. 4.

81) Augsburg Allg. Zeit. 1830. Beilage 250. — Der Regel nach verlangt das französische Recht wenigstens die mündlich gesprochenen Worte: „Ich schwöre".

82) Fr. 2. de Iureiurando (12., 2.).

so eben erwähnten Pandektenstelle, ein bestimmtes Formular aufgestellt, auf dessen Grund der Sieneser Jurist Seraphinus de Seraphinis die ganze Materie sehr gründlich erörtert hat [83]). Seine Meinung ging aber keineswegs dahin, daß der Eid ein bloß schriftlicher seyn dürfe; er sollte mündlich vor dem Notar, als „iudex cartularius", abgelegt und dann erst in den Schuldbrief eingetragen werden [84]). Dabei rügt Seraphinus ausdrücklich die Nachlässigkeit der Notare, welche nach ihrem Geschäftsstyl die Form der Eidesdelation zu versäumen pflegten, obwohl er andererseits mehrfache bedenkliche Ausdehnungen dieser Eidesform zu vertheidigen sucht. Namentlich wollte er auch reinen Privat-Urkunden und bloßen Versprechungen für *die Zukunft dieselbe Wirkung* beilegen, wie den *Notariats-Urkunden*, worin die Eidesdelation auf *eine* schon existirende Schuld gerichtet wäre [85]).

Diese Lehren der italienischen Praktiker haben jedoch für Deutschland ihre Bedeutung dadurch verloren, daß ein Reichsgesetz vom Jahre 1600 solchen Formeln für sich allein die Wirkung des Executivprocesses ausdrücklich abgesprochen hat; bemerkenswerth bleibt nur der Umstand, daß bei eben dieser Gelegenheit nur der leibliche Eid zugleich als ein wirklicher bezeichnet wird [86]).

---

83) Seraphinus de priuilegiis iuramentorum, Priuileg. 77. Ich kenne nur die Frankfurter, oben Note 60 angeführte Ausgabe.

84) Seraphinus l. c. num. 5. 32. 33.

85) l. c. num. 18. 16.

86) Deputations-Abschied v. 1600. §. 33.: „Wann in einer

X.

Die zweite Verbindung des Eides mit schriftlichen Contracten beruht auf den bekannten Veränderungen, die durch das canonische Recht [87]) und eine berühmte Authentica Friedrich's I. [88]) für die Wirksamkeit der promissorischen Eide eingetreten sind. Um sich der obligatorischen Wirkung solcher Eide gehörig zu versichern, war es immer rathsam, sie auch schriftlich verzeichnen zu lassen; und wo überdieß für den Vertrag eine schriftliche Form vorgeschrieben war, da verstand es sich beinahe von selbst, daß auch die hinzugekommene Eidesleistung in die Urkunde mit aufgenommen wurde.

---

verschreibung oder obligation der execution nit gedacht, sondern andere krefftige, erhebliche und bündige anhäng, mit einverleibtem, außtrücklichen Juramento gesetzt; ist in zweiffel gezogen, ob solches Juramentum, sonderlich da dasselbig leiblich und würcklich geleistet, oder sunst die verba Juramenti ipsa der verschreibung eynverleibt, alle andere solemnitates erfülle und ersetze; . . . also, daß via executiva gegen jene stracks zu procediren, damit er nicht sunst in gefahr seiner seelen heyl und seligkeit und deß meineydts gesetzt, oder aber von jme vermutet werde, als wolte er seinen eydt disputirn oder in zweiffel ziehen: So setzen, ordnen und wöllen wir, daß solch der verschreibung eynverleibt Juramentum, welcherley gestalt dasselbige vorgangen, viam executivam nit verursachen, noch deßwegen Mandata sine clausula zu erkennen, sondern als ein besterkung und bekrefftigung derselben zu halten seyn soll."

87) Cap. 9. 28. X. de Iureiurando (2., 24.). Cap. 2. eod. in VI°. (2., 11.) Cap. 2. de Pact. in VI°. (1., 18.)

88) Hinter const. 1. Cod. Si aduers. uend. (2., 28.): Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inuiolabiliter custodiantur. Per uim autem, uel per iustum metum extorta etiam a maioribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti iubemus.

Hieraus erklärt sich die Praxis der italienischen Notare, welche den Parteien bei verwickelten Rechtsgeschäften die Anwendung einer eidlichen Bestärkung zu empfehlen pflegten, ja auch wohl noch weiter gingen, und selbst *ohne vorgängige Anfrage* eine Erwähnung des Eides *in die* von ihnen aufgesetzten Contracte einzuschalten sich erlaubten [89]). Anfangs mochten sie wohl auf die wirkliche körperliche Eidesleistung vor Vollziehung des Contractes noch gerechnet haben, später sollte es darauf nicht weiter ankommen, man glaubte ihnen mit folgender Theorie schon durchhelfen zu können. „Wer dem Notar die Formulirung eines Contracts im Allgemeinen überträgt, der hat ihm vermuthlich auch die Einschaltung aller üblichen Clauseln auftragen wollen; wo *also die Anwendung des* Eides üblich ist, da muß jener *präsumtive Auftrag* auch von den Eidesclauseln verstanden werden, ja in dem Auftrage liegt zugleich auch die geistige, mentale Ableistung des Eides selbst.“

Daß eine so monströse Theorie auf entschiedenen Widerspruch stoßen mußte, versteht sich von selbst; und zu den mehrfachen Gegengründen, mit denen man sie bekämpfte, gehörte namentlich auch die Nothwendigkeit der mündlichen Rede bei jeder Eidesleistung. Seraphinus,

---

89) Seraphinus de priuil. iuram. priuil. 77. num. 32.: „iuramentum prout etiam aliae clausulae uidentur apponi per notarium potius de stylo et consuetudine ipsorum, quam quod a partibus intelligatur fuisse dictum“ . . . num. 33.: „cum dici soleat in instrumentis: Et praedictae partes iurauerunt omnia et singula uera fuisse et esse, et illa attendere et obseruare“.

der beide Theorien mit großer Vollständigkeit entwickelt, entscheidet sich zuletzt für eine vermittelnde Ansicht. Vor Allem macht er auf eine wesentliche Begriffsverwirrung bei der ersten Theorie aufmerksam, indem man die verschiedenen Arten der Eidesclauseln gar nicht genügend unterschieden habe: man habe unter jenem Namen den wirklichen Eid der Hauptpartei, und den Eidesauftrag an einen Stellvertreter zusammengeworfen, und diejenigen Schriftsteller, welche den Notar nur zur Einschaltung von üblichen Eidesclauseln der zweiten Art berechtigt gehalten, als Autoritäten für eine gleiche Befugniß bei Clauseln der ersten Art ansehen wollen. Sodann giebt er zu, daß es auf die vollständige Form des Eides nicht weiter ankomme, wenn nur der Notar durch einen mündlichen Ausdruck der anwesenden Parteien, oder durch gleichzeitige Berührung der Evangelien von ihrer Seite, hinreichend überzeugt werde, daß eine eidliche Bestärkung des Vertrages Statt gefunden habe. Sehr charakteristisch bleibt es aber jedenfalls, daß nicht nur Seraphinus bei dieser Gelegenheit das bloße Unterschreiben der Urkunde gar nicht als ein Aequipollens des Eides erwähnt, sondern daß auch die Vertheidiger der laxeren Theorie, die sich mit rein mentalen Eidesleistungen begnügen wollten, darauf nicht gekommen sind, die Unterschrift des Contracts mit Eidesclauseln für einen schriftlichen Eid zu erklären.

Ein klares Bild von diesen Controversen wird sich aus den eigenen Worten des Seraphinus am besten herausstellen. Ich gebe sie unten im Anhange wieder,

verbunden mit einem Auszug aus Wesembeck's Consilien, worin dieselbe Frage bei Gelegenheit eines in Deutschland vorgekommenen Rechtsfalles erörtert wird.

XI.

Bei keinem Geschäfte war zu einer Verbindung der *Schrift mit* dem Eide eine so dringende Veranlassung *gegeben*, wie bei den Intercessionen der Frauen. Die schriftliche Form war hier durch Justinian zu einem *allgemeinen* Erforderniß geworden [90]); aber auch sie schützte nicht einmal gegen die ältere Einrede des S. l. Velleianum, geschweige denn gegen die gänzliche Unwirksamkeit, mit welcher die Intercessionen für den eigenen Ehemann in der Regel behaftet seyn sollen [91]). In der *ersten Beziehung* konnte der eidliche Verzicht auf die s. g. *weiblichen Rechts*wohlthaten als eine nützliche *Abhülfe betrachtet* werden; in der zweiten blieb die eidliche Bekräftigung der ganzen Intercession, als neue selbstständige causa obligandi, das einzige Mittel, um ihr Geltung zu verschaffen. Aber auch die Gefahr, auf diesem Wege die Frauen wiederum alles Schutzes bei Bürgschaftsleistungen zu berauben, lag nahe genug; und diese Rücksicht scheint es veranlaßt zu haben, daß in einigen italienischen Stadtrechten, wie zu Siena und Cortona, den Notaren ganz verboten wurde, Eidesleistungen der Frauen in ihre Urkunden aufzunehmen [92]). Eben so

---

90) Const. 23. §. 2. ad S. l. Velleianum (4., 29.).

91) Auth. Si qua mulier Cod. eod. (Nou. 134. c. 8.)

92) S. den Schluß des unten folgenden Auszugs aus Seraphinus.

bedenklich war es, daß man sich über die verschiedene Bedeutung und den Grund der Nothwendigkeit eines solchen Eides in dem einen oder dem anderen Falle, keine recht klare Vorstellung zu machen pflegte. Bei Manchen ward es, nach dem Vorgange des Bartolus, zur communis opinio, daß der Eid wenigstens nach der s. g. aequitas canonica eine Vermuthung für die geschehene certioratio begründe, d. h. für die der Intercedentin gewordene nöthige Belehrung über ihre Rechtswohlthaten; die obligatorische Kraft des Eides ward weniger hervorgehoben, und seine schriftliche Form kam meistens gar nicht in Erwägung [93]). Selbst bei der Bürgschaft für den Ehemann ward an die selbstständige obligatorische Wirkung des Eides nicht immer gedacht: man glaubte schon mit der Präsumtion, daß das Hauptgeschäft zum eignen Vortheil der eidlich intercedirenden Ehefrau gedient haben werde, ausreichen zu können [94]).

Gerade diese Anwendung ist es aber, in welcher sich der Gebrauch des schriftlichen Eides auch in Deutschland am häufigsten wieder findet; und die Vertheidiger dieser Praxis sind nur theilweise dabei stehen geblieben, den mündlichen Eid hier für entbehrlich zu halten [95]), sogar die bloße Versicherung an Eidesstatt schien Manchen schon genügend [96]). Damit war denn freilich auch

93) Seraphinus priuil. 63. num. 3—10.

94) Seraphinus priuil. 65. num. 6. 7.

95) Leyser medit. ad Pand. specim. 172. num. 2.

96) Brunnemann consilia. Francof. 1677. fol. Consil. 89. num. 17—37., und comment. ad Pand. lib. XVI. tit. 1. fr.

über die fernere Frage schon einigermaßen hinausgeholfen, in welcher Form der schriftliche Eid zu vollziehen sey; denn wer die bloße Versicherung an Eidesstatt für genügend hält, dem kann auch nicht viel darauf ankommen, ob die Eidesformel von der Frau eigenhändig geschrieben oder nur unterschrieben wird [97]); und ob sie dieselbe gelesen, vorgelesen oder sich vorlesen lassen, das wird ihm gleichgültig scheinen, so lange sie den schwierigen Beweis, den Inhalt der Urkunde nicht gekannt zu haben, zu führen nicht im Stande ist.

Wohin aber diese Richtung endlich führen muß, das läßt sich nicht wohl verkennen: der rechtliche Schutz der Frauen wird auf einige Formalitäten reducirt, über die bei arglosen Personen leicht hinauszukommen ist. Bei so geringen Resultaten aber scheint es kaum noch der Mühe zu lohnen, ein so complicirtes Rechtsinstitut, wie das S. C. Velleianum mit seinen Anhängen, im gemeinen Rechte beizubehalten; seine Beseitigung, nach dem Vorbilde der neueren Gesetzgebungen, wird als eine Wohlthat anzusehen seyn.

---

ult. — Schilter praxis iur. rom. lib. XVI. tit. 1. §. 10. — Bülow und Hagemann's Erörterungen Bd. I. Erörter. 33. — Glück Erläuterg. der Pand. Th. XV. S. 48. 49. — Unter den Gegnern dieser Ansicht sind besonders Carpzov defin. forens. P. II. const. 16. defin. 6. Wernher selectae obss. for. T. II. P. X. obs. 429. und Leyser spec. 134. coroll. 2. spec. 171. coroll. 3. zu nennen.

97) S. oben Note 3. Der Grundsatz, daß der Unterschreiber hafte, wie der Schreiber, wird schon von Seraphinus (privil. 77. num. 15. 16.) gelegentlich erwähnt; er bezieht ihn aber nur auf den materiellen Inhalt der Urkunde, und durchaus nicht auf die Eidesformel.

Darum hat denn jene Richtung auch jederzeit ihre entschiedenen Gegner gefunden. In Chursachsen ist die mündliche Eidesleistung den Bürgschaften der Ehefrauen durch ein besonderes Gesetz vorgeschrieben worden [98]); in Schwedisch-Pommern hat die Praxis den Grundsatz festgehalten, daß die Ehefrau die in dem Bürgschaftsschein enthaltenen und von einem Notar ihr vorgelesenen Worte: „so wahr mir Gott helfe", mündlich wiederholen müsse [99]); und auf dem Standpunkte des gemeinen Rechts hat namentlich Huber die Nothwendigkeit strengerer Grundsätze dargethan [100]), welche auch noch vor wenigen Jahren in zwei Mecklenburgischen Rechtssachen durch die Bonner Facultät zur Anwendung gekommen sind.

XII.

In keinem Falle würde dasjenige, was etwa hier oder dort sich als herkömmliche Form für die eidlichen Intercessionen der Frauen fixirt haben möchte, darum auch als allgemeine Norm für die Behandlung des schriftlichen Eides überhaupt gelten dürfen; diese allgemeineren Normen werden sich immer nur nach der eigentlichen Natur des schriftlichen Eides bestimmen lassen. Versuchen wir die Hauptsätze im Folgenden schließlich zusammenzustellen.

98) Decisio electoralis 25. Schilter und Leyser a. a. O.

99) Mehlen a. a. O. S. 393. Note 5.

100) Huber praelectt. ad Pand. lib. XII. tit. 2. §. 3. — In Sande's Decisionen, lib. III. tit. 11. defin. 3. soll sogar die Nothwendigkeit eines körperlichen Eides von Seiten der intercedirenden Frau behauptet werden.

1) Wer eine Eidesleistung zu fordern hat, braucht sich mit einem schriftlichen Eide nicht zu begnügen, falls nicht dem Gegner singulaire Rechtsgründe zur Seite stehen, welche ihn zu dieser Form der Eidesleistung berechtigen.

2) Die vollen obligatorischen und criminalrechtlichen Wirkungen der Eidesleistung können nicht durch bloße Namensunterschrift, sondern nur durch eigenhändiges Schreiben der Eidesformel begründet werden. Wohl aber wird die Unterschrift allein schon einer Versicherung an Eidesstatt gleich zu achten seyn.

3) Der schriftliche Auftrag zur Eidesleistung im Namen des Auftragenden kann eben so wenig dem wirklichen Eide gleich gelten, als die bloße schriftliche Formulirung eines Eides zum Zwecke eigener mündlicher Ableistung [101]). Beiderlei Handlungen können jedoch, als Vorbereitungen zu falschen Eiden, einen strafbaren Charakter annehmen.

4) Die bloße Ausrede, daß man den Inhalt der unterschriebenen Urkunde nicht gekannt habe, kann bei eidlichen Unterschriften nicht mehr Gewicht haben, als bei jeder einfachen Unterschrift. Andererseits müssen aber auch die rechtlichen Wirkungen des Eides hinwegfallen, wenn man beweisen kann, daß man über den Inhalt der unterschriebenen Urkunde getäuscht worden sey.

101) Diese Formulirung ist im §. 242. der Bremischen Gerichtsordnung regelmäßig vorgeschrieben.

Anlagen.

A. *Seraphinus de priuilegiis iuramentorum,* priuil. 23. num. 90—120.

90 .. Notarius rogatus de instrumento, potest in illo apponere clausulas consuetas et solitas, etiamsi a partibus di-
91 ctum non fuerit ... quia praesumitur rogatus a partibus ut illas apponat ... nisi contrarium probetur, propter
100 praesumptionem, quae est pro notario .... Tamen iuramentum est usque adeo priuilegiatum, ut notarius non possit illud apponere propter magnam importantiam, etiamsi sit de consuetudine, quod apponatur, ut per Bauer. *in suo tract. de uirt. juram. col.* 7. *n.* 4. et Corset. *in rub. de jurejur. priu.* 27. et Mars. *in d. sing.* 123. Ant. de Gabriel. *in tit. de jurejur. concl.* 5. *n.* 9. *et latius in titulo de consuet. concl.* 3. *n.* 24. *uer. secundo limita.* et
101 Grat. *lib.* 1. *resp.* 38. *n.* 26. † et est ratio: quia iuramentum requirit formalitatem uerborum: unde nisi formaliter et realiter intercedat, non potest apponi per notarium, ut per Abb. *in c. nam concupiscentiam de constitut.* et habetur *in l. semper in stipulationibus* per Dec. *nu.* 16. *de reg. iur. Grat. lib.* 1. *resp.* 9. *n.* 123. Ioann. de Selua. *in suo tract. de iureiur. quaest.* 2. ubi dicit hanc opinionem esse ueriorem . idem Grat. *resp.* 140. *n.* 7. *eodem lib.*
102 et Tiraq. *de legib. connub. l. fin. gl.* 7. *n.* 122. Neque dicatur posse fingi iuramentum interpositum ex eo quod quidquid ponit notarius in instrumento, censetur ponere de uoluntate partium, ... quia ad hoc respondetur, quod ubi agitur de peccato, et sic de liganda anima alicuius, debet fundari in ueritate, et non in fictione, secundum Ioh. And. et alios, in *c. quamquam, de usur. in*
103 5. † et quia praesumptiones non habent locum in foro conscientiae, ut per Innoc. *in c. quia plerique, de immun. eccles.* Abb. *in c. iis, qui fidem de sponsal.* Dec. in c. nouit. *ante n.* 11. *de iudic.* Cort. jun. *in cons.* 104. *uol.*

Contrariam partem videntur suadere ueriorem infra scripta: primo, quia dispositio comprehendit actum iuratum, seu iuramentum, quando consuetum est, ut illud apponatur in illo actu, de quo loquitur dispositio; seu ita fuit consuetum, et solitum interpretari, ut iuramentum in
111 eo intelligeretur; . . . ergo . . . admissa consuetudine, quod
112 in instrumentis apponatur iuramentum, . . . sequitur consequenter, quod partes mandauerint iuramentum apponi, ex quo mandauerunt apponi clausulas consuetas; . . . et ex hoc patet non esse uerum, quod Barb. et Gozad. supra in contrarium allegati dicebant, notarios uidelicet apponere iuramentum potius de consuetudine, quam de vo-
113 luntate partium; † cum enim praesumendum sit, partes uoluisse in instrumento apponi, quod consuetum est et diutius obseruatum . . . . concludendum est utique uoluisse, ut etiam apponeretur iuramentum, ex quo ita fieri consueuit. Postremo ad corroborationem huius opinio-
114 nis accedat, † quia credendum est, quod contrahentes elegerint eam uiam, per quam actus fiat omni meliori modo, et ut sortiatur effectum suum irreuocabilem . . . nemo autem dubitauerit, et melius et efficacius actum inter partes uideri, si iuramentum intercessisse de illa-
115 rum uoluntate intelligatur, ex quo † praecise obligat ad expressa in conuentione, et aufert beneficia iuris . . . . . et tenendo istam partem . . . . de facili respondetur ad ea, quae in contrarium fuerunt allegata. Non obstat primum, quod partes censeantur rogasse notarium de apponendis clausulis consuetis praeter iuramentum, ex quo re-
116 quirit formalitatem uerborum; quia † respondeo, quod imo in contrarium se habet communis opinio, quod scilicet iuramentum non requirat formalitatem uerborum: quia mente et sine uerbis iurari potest, ut late disputando concludit et dicit communem Corset. *in d. rub. de iureiur. col. 4. uers. quaero sexto*. et Abb. *in c. et si Christus eod. tit.* et moderni *in l. si quis maior. C. de transact.* Et ideo, quatenus requirerentur uerba, hoc fieri posset ad faciliorem probationem ipsius iuramenti; non au-
117 tem, ut ad illius essentiam requirantur; † . . . Quando

ergo partes mandant notario, ut apponat clausulas consuetas, intelliguntur mentaliter iurare, et uelle, quod iuramentum apponatur instrumento, ex quo ita fieri consueuit. Non obstat, quod iuramentum praestetur tactis scripturis; quia hoc non est uerum perpetuo; sed aliquando iuratur tactis scripturis, et aliquando non † et 118 uariis modis iurari potest, ut per Doctor. notatur *in d. l. si quis maior.* et latius per Ioh. de Selua *in suo tractatu de iuram. in* 1. *parte, uersic. quarto quaero* ....
...Non obstat, quod notarius non possit aliquid addere 119 ultra factum partium; quia dicitur, quod partes ipsae iurasse prius censentur, et deinde mandasse notario, ut iuramentum apponat, cum sit de clausulis consuetis; et hanc partem tenet Bauer. *in loco supra allegato*, quando scilicet dictum fuisset a partibus, ut notarius extendere debeat instrumentum ad consilium seu iuxta consilium sapientis; quia in tali casu poterit apponere iuramentum, secundum eum, qui allegat, Ant. Butr. et Abb. *in d. c. pen. de iureiur.* et Alex. *in d. l. Gallus*, §. *idem credendum de liber. et post.* qui in libro meo nihil de hoc dicit. Abb. etiam potius dicit contrarium, ad quod per eum allegatur, quod immo etiam si dictum sit, quod ad consilium Iudicis, quem pro sapiente intelligit, debeat instrumentum extendi, non propterea poterit apponi iuramentum, et ad hoc allegatur per Marian. Sozin. iun. *in d.* §. *idem credendum n.* 27. Quidquid tamen sit de dictis opinionibus, dico Baueri dictum posse procedere, si militet consuetudo iuramentum apponendi, per praedicta; alias secus. Et quamuis haec, quae scripsimus, satis rationi et iuri consona uideri possint, tamen ego ad mentem Doctorum diligenter prospiciens, et ad euitandum istas contrarietates, cogitabam concordando opiniones sic dici et distingui posse: nam aut quaerimus de apponendo iuramento praestito per ipsas partes, in instrumento contractus per ipsas celebrati, et tunc si partes ipsae uere iurauerunt, et de iuramento constare potuit per aliquod extrinsecum, ut quia ad delationem notarii tetigerunt scripturas, ut plerumque fieri solet; uel quia dixerunt *Iura-*

mus, uel etiam quia notarius legendo instrumentum dixit, *Et iurauerunt*; licet forte non scripsisset, quia intelligi-
120 tur, quod effectualiter iurauerint .... in his casibus et similibus notarius poterit apponere, immo tenebitur scribere clausulam iuramenti: et si aliter faceret, posset puniri; quia ex quo iurauerunt, censentur mandasse, quod illam apponat: si uero partes non iurauerunt, neque de iuramento aliquo modo constare potest per aliquem actum extrinsecum, ita ut per illum possit praesumi fuisse iuratum: et tunc notarius non poterit clausulam iuramenti apponere; ex quo uero non iurauerunt, et de iuramento nihil constitit notario: licet fortasse ipsi mentaliter iurassent .... nec est uerum, quod mandando, ut apponat clausulas consuetas, et consequenter iuramentum tanquam consuetum, intelligatur ab ipsis partibus mentaliter iuratum per prius, cum scilicet mandauerunt apponi clausulas consuetas; nam istud posset procedere, quando ipsi notario posset constare de iuramento praestito per ipsas partes .... Aut quaerimus secundo de apponendo ... ... clausulam iuramenti per alium praestandi, ueluti per procuratorem, tutorem ... et tunc si iuramentum est solitum apponi in mandato uel alio instrumento, notarius qui censetur rogatus de apponendis clausulis consuetis, poterit uel potius debebit iuramentum apponere ... et ita potest intelligi secunda opinio Dd. qui pro maiore parte loquuntur in his terminis, si bene animaduertantur. Cogitabis tamen ... ut non procedat, quando per statutum prohibetur a notariis iuramentum apponi, ut in mulieribus cauetur hic Senis, et in ciuitate Cortonae.

B. *Matth. Wesenbecii consilia.* Pars I. (Witteberg. 1633. fol.) consil. 52. n. 78.:

Quamquam autem illa uerba, bei Christlichen trawen und an eydes statt, inter clericos vim habere iuramenti possunt, item inter laicos, quoties corporali iuramento non est opus: tamen hoc accipiendum, quoties revera iuraverunt et ita in scripturam

relatum est: *l.* 3. *C. Si minor se maior. dix. l. Si quis major.* 41. *in fine C. de transact.* Secius, si illis ignorantibus, uel non advertentibus Notarius, ex communi consuetudine et stylo, tale iuratorias clausulas instrumento adiicit: ut Dd. ibid. declarant, praecipue *Hieron. Cagn. d. l. Si quis minor. n.* 53., addens Notarium neque in casu illius legis, nec in ullo alio posse instrumento juramentum apponere, nisi expresse fuisset per partes praestitum: neque posse aliter, ne quidem ex conuentione fingi illud interuenisse, per Soc. *l. Gallus* §. *idem credendum col.* 2. *de lib. et posthum.* Dec. *c. translato in princ.* 2. *lect. de constit.* Lancelot. Galiaul. *l.* 1. *in princ. col. ult. de verb. obligat.*

Deinde illa theoria de juramenti scripturae validitate non putatur obtinere in renunciatione remediorum legitimorum contra contractus: ubi speciali et corporali juramento est opus. Panorm. *in rub. de jurejur. in fin.* Castrens. Ias. *l.* 3. §. *jurari in princip. de jurejur. gl. l.* 1. *verb. Corporaliter C. si advers. vend.* Quae jura licet potissimum loquantur de remediis minorum: Cynus *n.* 5. Bartol. *n.* 7. Salic. *n.* 6. Bald. *num.* 7. Fab. *num.* 1. Ias. *n.* 13. *in auth. Sacramenta C. si advers. vend.* tamen valent etiam in maioribus, ad hoc ne supra jus commune obligentur tali formula, quae non sit verum juramentum, sed tantummodo relatione ad illud facta. *c. pen.* ubi Panorm. *de jurejur.* Tiraq. *de legib. connub. gl.* 5. *n.* 120.

II.

Cicero über seine Forderung an Dolabella (ad Attic. 16., 15.).

Von

Herrn Geheimen Justizrath und Professor D. Huschke

in Breslau.

Cicero's Tochter Tullia war dreimal verheirathet [1]). Ihr erster Gemahl, Calpurnius Piso, starb frühzeitig, ihre zweite Ehe, mit Furius Crassipes, endigte durch Scheidung. Die unglücklichste scheint die dritte gewesen zu seyn. Der vornehme Wüstling P. Cornelius Dolabella heirathete sie im J. d. St. 704 wohl hauptsächlich im Hinblick auf eine reiche Mitgift und den schwiegerväterlichen Credit, die ihm gegen seine zahlreichen Gläubiger zu Hülfe kommen sollten. Nach vielen erlittenen Kränkungen trennte sich Tullia, wiewohl der Form nach bona gratia, gegen Ende des Jahres 708 auch von ihm, und starb kurz nachher. Aus

1) Vgl. über das Leben der Tullia Drumann Geschichte Roms Bd. 6. S. 696—710, über das des Dolabella denselben Th. 2. S. 566 flg.

der Dotirung dieser Tochter stammte nun das Schuldverhältniß des Dolabella gegen Cicero, welches uns hier beschäftigen soll.

Nach üblicher Weise hatte der Vater die Dos in drei Jahreszielen versprochen. Für das erste Drittheil mußte, wie es scheint, Atticus eintreten, da Cicero während des Bürgerkrieges sich selbst in Verlegenheit befand; die Zahlung des zweiten im J. 706 erschwerte auch noch der Verdruß über die Wahl eines solchen Schwiegersohns [2]), die des dritten im folgenden Jahre wieder die Reue, ihm nicht schon vor der zweiten den Scheidebrief geschickt zu haben. Die Furcht vor Cäsar, in Verbindung mit der Hoffnung, Dolabella würde selbst auf Scheidung antragen, hinderte auch jetzt die Ausführung des schon gefaßten Entschlusses und erpreßte wahrscheinlich auch die dritte [3]).

Nachdem nun aber im J. 708, während der Schwangerschaft der Tullia, die Scheidung wirklich zu Stande gekommen war, hielt es mit der Rückzahlung noch weit schwerer, als mit der Hinzahlung. Die Dos war restipulirt, wie man aus der Bestellung von Sponsoren sieht (ad Attic. 16., 15. §. 2.) und das Recht einer vom Vater bestellten receptitia dos es mit sich brachte. Doch scheint das Billigkeitsrecht der uxoria res hinsichtlich der drei Jahresfristen in diese Stipulation aufgenommen worden zu seyn. Im J. 709 sah Cicero

2) Ad Attic. 11., 2. und 4.
3) Ibid. 11., 23 fin. und 25. §. 2. ad famil. 14., 13.

der Rückzahlung des ersten Drittheils entgegen [4]), er hoffte selbst Repräsentation des ganzen Kapitals [5]). Aber die erste Rate wurde fällig und Dolabella war auf Reisen, in Spanien bei Cäsar [6]). Auch im folgenden Jahre hängt die Sache noch; Dolabella oder seine Bevollmächtigten hatten für einen Theil der Schuld Anweisung auf unsichere Schuldner gegeben, und er selbst war noch unsicherer; das Kapital war, vermuthlich durch Hinausrückung des Zahlungstages, schon am 1. Januar 710 fällig, aber noch im Spätjahr hätte er selbst oder sein Wechsler nicht bezahlt, und auch mit den Anweisungen war es noch nicht in Richtigkeit; Cicero aber bedurfte das Geld dringend, weil er selbst vielfach verpflichtet war [7]). Er schrieb im Herbst selbst einen etwas

4) Ad fam. 6., 18. §. 5. Me Romae tenuit omnino Tulliae meae partus. Sed quum ea, quemadmodum spero, satis firma sit: teneor tamen, dum a Dolabellae procuratoribus exigam primam pensionem.

5) Ad Attic. 13., 29 fin. Dolabellae nomen iam expeditum videtur, ut etiam repraesentatione (vielleicht repraesentari omne) confidam.

6) Ad Attic. 12., 8. De Cicerone, multis res placet; comes est idoneus. Sed de prima pensione ante videamus. Adest enim dies et ille currit. 12, 12. De dote, tanto magis perpurga (bringe die Sache aufs Reine). Vergl. Phil. 2., 30. ad fam. 9., 10. 11. ad Attic. 12., 38. §. 2.

7) Ad Attic. 16., 2. 3. §. 5. Maxime autem me angit ratio reliquorum meorum: quae quanquam explicata sunt, tamen et quod Dolabellae nomen in iis est et attributione (vermöge der von ihm mir geschehenen Attribution — wahrscheinlich durch cedirte Klagen) mihi nomina ignota, conturbor (doch möchte zu lesen seyn: et attributio nectit mihi nomina ignota, weil sonst quod et Dolabellae stehen müßte). 14., 18. §. 1. O hominem pudentem! Kal. Jan. debuit, adhuc non solvit. Ad fam. 16.,

scharfen Brief an Dolabella [8]), und wartete nun, „ob er ihm etwas klingen (zahlen) würde, oder sein (durchgefallenes) Schulderlassungsgesetz wenigstens für dieses Kapital durchgesetzt habe" [9]). Da aber auch dieses nichts half, sprach er sich über die weiter zu ergreifenden Maaßregeln gegen seinen Atticus folgendermaßen aus (ad Attic. 16., 15. §. 1. 2.):

Ego, si me non improbissime Dolabella tractasset, dubitassem fortasse, utrum remissior essem, an summo iure contenderem. Nunc vero etiam gaudeo, mihi causam oblatam, in qua et ipse sentiat et reliqui omnes me ab illo abalienatum: idque prae me feram, et quidem me mea facere et rei publicae causa, ut illum oderim: quod, quum eam me auctore defendere coepisset, non modo deseruerit, emptus pecunia, sed etiam, quantum in ipso fuit everterit. 2. Quod autem quaeris, quomodo agi placeat, quum dies venerit; primum velim eiusmodi sit, ut non alienum sit me Romae

---

24. De attributione conficies. . . . Dolabellae procuratores fac ut admoneantur. Für ihn selbst sollte der Wechsler Vettianus zahlen, über dessen Saumseligkeit er sich bei Cicero beschwerte, ad Attic. 15., 13. §. 5., wo dieser die ganze Forderung schon verloren giebt. Auch Atticus schrieb von Dolabellae ἀπορίᾳ (Zahlungsunvermögen) ibid. 14., 19. §. 1.

8) Ad Attic. 14., 18. §. 1. Sed, ut ad te eo ipso die scripseram, satis aculeatas ad Dolabellam literas dedi: quae si nihil profecerint, puto fore, ut me praesentem non sustineat.

9) Ad Attic. 14., 21. fin. . . . ecquid Dolabella tinniat, an in meo nomine tabulas novas fecerit.

esse; de quo, ut de ceteris, faciam, ut tu censueris. De summa autem agi prorsus vehementer et severe volo. Etsi sponsores appellare videtur habere quandam δυσωπίαν: tamen hoc, quale sit, consideres velim. Possumus enim, ut sponsores appellentur, procuratores introducere; neque enim illi litem contestabuntur: quo facto non sum nescius sponsores liberari. Sed et illi turpe arbitror, eo nomine, quod satisdato debeat, procuratores eius non dissolvere; et nostrae gravitatis, ius nostrum sine summa illius ignominia persequi. De hoc quid placeat, rescribas velim: nec dubito, quin hoc totum lenius administraturus sis.

Der erste Theil dieser Stelle (§. 1.) macht gar keine Schwierigkeit. Es mag dazu nur bemerkt werden, daß, wenn Cicero als Grund der strengeren Saiten, die er nun aufspannt, sein Interesse für die von Dolabella verrathene gute Sache angiebt, er damit hauptsächlich nur im Auge hatte, wie er sein Verfahren im Publikum beurtheilt wünschte. Es hatte ihn wohl empört, daß Dolabella sich von Antonius hatte erkaufen lassen, aber er war inzwischen von ihm, dem jetzigen Oberbefehlshaber in Syrien, zum Legaten ernannt worden, und hatte noch brieflich schön mit ihm gethan. Der wirkliche Hauptgrund war, wie man aus dem Verfolge desselben Briefes (§. 5.) sieht, die dringendste eigene Geldverlegenheit, die selbst seine Ehre bedrohte.

Schwierig ist dagegen der zweite Theil der Stelle

[illegible]timen. Keller hat ihr in seinem [illegible] über die
[illegible] S. 462—475 eine ausführliche Un-
[illegible]suchung, Orelli in seiner Ausgabe eine lange [illegible]
[illegible]eichnet. Beide [illegible], daß ein [illegible]
[illegible]nder Sinn in der Stelle nur dann [illegible] werden
[illegible]nne, wenn man vor appellatur — gegen die [illegible]
[illegible]ät aller Handschriften, da [illegible] als [illegible]
[illegible] nicht in Betracht kommen kann — ein [illegible] ein
[illegible]iebe. Ich halte diese [illegible] und die darauf gestützte
[illegible]rklärung für durchaus [illegible]. Da jedoch Keller
[illegible]bst die richtige Lesart und zum Theil auch das nach
[illegible]r sich ergebende, bereits von Orelli [illegible]
[illegible]ändniß der Stelle auch für möglich erklärt, so würde
[illegible]s kaum der Mühe verlohnen, die [illegible]
[illegible]erselben in einem besonderen [illegible] zu [illegible],
[illegible]enn nicht die Stelle überhaupt von großem Interesse
[illegible]ir die Rechtsgeschichte und, wie es [illegible], noch nicht
[illegible]ach allen Seiten hinlänglich gewürdigt wäre.

Keller's Erklärung ergiebt sich vollständig aus [illegible]
[illegible]er Uebersetzung oder [illegible] des schwie-
[illegible]gen Theils der Stelle:

> Es soll die Summe [illegible] werden,
> und wenn es eine gewisse Schuld von Dolabella
> verrathen sollte, sogleich die Sponsoren zur Zah-
> lung aufzufordern, so bedenke doch, ob es so [illegible].
> Wir können nämlich, die Sponsoren bei Seite [illegible]
> lassen, die Procuratoren vernehmen, denn sie wer-
> den nicht litem contestiren; wodurch freilich, wie
> ich wohl weiß, die Sponsoren frei werden wür-

den. Allein da steht wieder dieß entgegen: Es scheint mir ihn zu compromittiren, daß seine Procuratoren eine Schuld, für die er Bürgen gestellt hat, nicht bezahlen, und auf der andern Seite erfordert es unsere eigene Würde, daß wir unser Recht ohne seine höchste Schande verfolgen.

Keller fügt zwar noch folgende andere Uebersetzung hinzu:

Es soll die Summe streng beigetrieben werden, und wenn es eine etwas schlechte Miene haben sollte, sogleich die Sponsoren zur Zahlung aufzufordern, so bedenke doch, ob es so ginge. Wir können nämlich, die Sponsoren bei Seite gelassen, die Procuratoren vornehmen, denn sie werden nicht Litem contestiren; wodurch freilich, wie ich wohl weiß, die Sponsoren frei werden würden. Aber theils blamirt es ihn doch, daß seine Procuratoren eine Schuld, für die er Bürgen gestellt hat, nicht bezahlen, theils ist es unserer Würde angemessen, unser Recht auch wieder ohne seine äußerste Schande (die man ihm eben anthäte, wenn man die Bezahlung gar nicht von ihm, sondern sogleich von den Bürgen einforderte) zu verfolgen.

Er selbst meint, diese zweite Erklärung scheine an sich vor der ersten bei weitem den Vorzug zu verdienen, er hält sie aber für unmöglich, weil sie dem Wort *δυσωπία*, welches nach dem Sprachgebrauch stets eine falsche

Scheu bedeute, und in diesem Sinne auch bei Cicero vorkomme, den Sinn von etwas, dessen man sich zu schämen hätte, beilege.

Um nun gleich erst diesen Punkt aufs Reine zu bringen, so ist es ein Irrthum, wenn Keller mit manchen selbst philologischen Vorgängern glaubt, das Wort δυσωπία habe stets jenen Sinn einer falschen Scham (Verschämtheit, falsche Blödigkeit). Δυσωπεῖν heißt, wie man aus den Lexicographen sieht, Jemandes Auge widrig berühren, und ihn dadurch bewegen, daß er das Auge niederschlägt, also ihn beschämen (pudorem iniicere, confundere), δυσωπεῖσθαι τινὰ sich vor Jemandem schämen, scheuen, schüchtern seyn, und daher auch δυσωπία die Beschämung, der Zustand dessen, der sich über das, was er thut, schämt oder schämen muß. Für die Bedeutung falsche, übertriebene Scham hat man sich hauptsächlich auf die Schrift des Plutarch περὶ δυσωπίας berufen (Opp. ed. Reisk. Vol. VIII. p. 95—122.) und allerdings gebraucht er das Wort dort so. Aber man hat nicht beachtet, daß er selbst (p. 99.) diese Bedeutung als eine von den Stoikern in ihrem ethischen Systeme angenommene Schulterminologie bezeichnet, um die Möglichkeit einer schädlichen Verwechselung ehrenwerther und falscher Scham, welcher der gewöhnliche Sprachgebrauch bei den Synonymen αἰσχύνεσθαι, δυσωπεῖσθαι und αἰδεῖσθαι unterworfen ist, von vorn herein durch die Wahl verschiedener Ausdrücke für die eine und die andere abzuschneiden [10]). Damit bestätigt er also

10) Er sagt: ὅθεν εὐθὺς οἱ Στωϊκοὶ καὶ τῷ ῥήματι τὸ αἰ-

gerade, daß nach dem gemeinen Sprachgebrauch auch *δυσωπία* nur Scham überhaupt bedeutet, wie pudor und verecundia im Lateinischen. Daß aber die Stoiker das Wort zur Bezeichnung einer übertriebenen, falschen Scham wählten, hat wohl darin seinen Grund, weil es nach seiner ursprünglichen Bedeutung eine auch im Aeußern hervortretende Verlegenheit (das Niederschlagen der Augen) ausdrückt, während *αἰδεῖσθαι* mehr auf innere, geistige, sich in Schranken haltende Scham geht. Auch dieses deutet Plutarch an [11]). In jenem gewöhnlichen Sinne hat aber — was das Wichtigste ist — auch Cicero das Wort in der Stelle gebraucht, auf die man sich zum Beweise des Gegentheils beruft: ad Attic. 12, 33. §. 2. De hortis Scapulanis in Virgilio mihi nulla est *δυσωπία*. Nec enim eius causa sane debeo: et si emero, quid erit, quod postulet? Das hier berührte Rechtsverhältniß ist uns nicht vollkommen bekannt. Virgilius war, wie man gewöhnlich annimmt, einer der Miterben des Cicero in der Erbschaft des Scapula, und es scheint also davon die Rede zu seyn, wer von

---

σχύνεσθαι καὶ δυσωπεῖσθαι τοῦ αἰδεῖσθαι διέστησαν, ἵνα μηδὲ τὴν ὁμωνυμίαν τῷ πάθει πρόφασιν τοῦ βλάπτειν ἀπολίπωσιν.

11) L. c. p. 96. *ὑπερβολὴ γὰρ τοῦ αἰσχύνεσθαι, τὸ δυσωπεῖσθαι. διὸ καὶ οὕτω κέκληται, τρόπον τινὰ τοῦ προσώπου τῇ ψυχῇ συνδιατρεπομένου καὶ συνεξατονοῦντος. ὡς γὰρ τὴν κατήφειαν ὁρίζονται λύπην κάτω βλέπειν ποιοῦσαν, οὕτω τὴν αἰσχυντηλίαν μέχρι τοῦ μηδ᾽ ἀντιβλέπειν τοῖς δεομένοις ὑπείκουσαν δυσωπίαν ὠνόμασαν.* Das Wort *αἰσχύνεσθαι* gebrauchten die Stoiker ohne Zweifel darum mit *δυσωπεῖσθαι* gleichbedeutend, weil es ein heftiges *αἰδεῖσθαι*, womit es sprachlich zusammenhängt, ausdrückt, ein solches, wie es das *αἰσχρὸν* im Menschen bewirkt.

den Miterben die Scapulanischen Gärten an sich bringen würde. Dem sey nun aber, wie ihm wolle, so viel sehen wir aus der Stelle selbst, Cicero wollte gern die Scapulanischen Gärten kaufen, Atticus hatte dieses bedenklich gefunden, weil er dem Virgilius damit in den Weg treten würde, dessenhalben er gewisse Verpflichtungen auf sich genommen habe; Cicero aber hält dieses Bedenken für nicht begründet, weil er in der That nicht um Virgilius willen jene Verbindlichkeiten auf sich habe und, wenn er kaufe, Virgilius nichts von ihm fordern, er ihm frei unter die Augen treten könne. In diesem Zusammenhange kann der erste Satz nichts Anderes heißen, als: „Wegen der Scapulanischen Gärten habe ich rücksichtlich des Virgilius keinen triftigen Grund zur Schen, d. h. mich durch die Rücksicht, daß mir dieses als etwas Unehrenhaftes verdacht werden könnte, zurückhalten zu lassen". Hierzu kommt noch, daß Cicero da, wo er den Begriff einer falschen Delicatesse ausdrücken will, sich des Lateinischen stulta verecundia bedient ad Attic. 14., 5. §. 2. O meam stultam verecundiam, qui legari noluerim ante res prolatas etc. Fragt man aber, warum er denn nicht auch für *δυσωπία* lieber pudor oder verecundia sagte, so liegt der Grund wohl darin, daß die haute volée der damaligen Zeit in dergleichen Dingen des Anstandes und feineren Ehrgefühls sich überhaupt gern auch der Sprache der vornehmen Welt bediente, wie wir auch z. B. lieber sagen: die Furcht, malhonett oder indelicat (statt. anstößig) zu handeln.

Nachdem nun der richtige Sinn von δυσωπία bestimmt ist, folgt eigentlich die Erklärung der ganzen Stelle von selbst.

Cicero unterscheidet den dies und die summa selbst. Wahrscheinlich waren seit der ersten Fälligkeit des Kapitals oder doch der fraglichen ersten Rate desselben, da die Zahlung nicht erfolgte, immer wieder kleine Fristen, etwa von den Kalenden zu den Iden und wieder zu den Kalenden bewilligt worden, so daß man sich einstweilen mit den ohne Zweifel stipulirten Zinsen begnügte. Darauf geht die Aeußerung aus einem früheren Monat dieses Jahres ad Attic. 14., 20. §. 2. L. Antonii horribilis concio, Dolabellae praeclara (über des ersteren Ackergesetz). Iam vel sibi habeat nummos, modo numeret Idibus. Im Gefühl der Freude über die Bekämpfung seines Gegners wollte Cicero damals von der Zahlung des Kapitals im nächsten Termin absehen, wenn nur die Zinsen richtig abgetragen würden. Jetzt war er nicht mehr so gesinnt, es sollte nun zur Beitreibung des Kapitals selbst geschritten werden, was er selbst besorgen wollte. Er überläßt nun die Bestimmung des letzten Termins dem Atticus, bittet aber, ihn so zu bestimmen, daß ihm dann seine Anwesenheit in Rom nicht aus andern Gründen ungelegen sey.

Wegen des Kapitals selbst will nun aber Cicero nach der Rechtsstrenge verfahren wissen. Den Gedankengang des Folgenden im Allgemeinen wird eine Uebersetzung klar machen.

Obgleich es scheinen möchte, daß die Bürgen zu

mahnen mich eine gewisse Scheu abhalten müßte (= mir als ein nicht ehrenhaftes Verfahren verdacht werden würde), so überlege doch, ob es nicht in folgender Weise anginge. Wir können nämlich, um die Bürgen (ohne Gefahr eines deshalb zu besorgenden Vorwurfs) zu mahnen, die Procuratoren (des Dolabella) hereinziehen (indem ich sie vor Gericht rufe); denn diese werden nicht Litem contestiren, wodurch, wie ich wohl weiß, die Sponsoren frei werden würden. Dagegen empfieht sich dieses Verfahren dadurch, daß es einestheils, wie ich meine, für jenen schimpflich ist, wenn seine Procuratoren eine Schuld nicht zahlen, wofür er Bürgen gestellt hat, anderentheils es meiner Würde entspricht, wenn ich mein Recht ohne seine äußerste Schande verfolge.

Cicero konnte, wenn er summo iure contendere wollte, zwei Wege einschlagen, einen strengeren und einen milderen. Der erste war, Dolabella zu belangen, oder vielmehr, da er nicht in Rom war und voraussichtlich Niemand als sein Procurator oder Defensor mit der gehörigen Satisdation ihn vertheidigen würde, auf possessio et proscriptio, später auf venditio bonorum anzutragen. Diesen Weg, der geradezu zur Infamia und zum völligen Ruin seines Schuldners geführt haben würde, hielt er mit seiner Würde nicht vereinbar, und darauf gehen die bisher durchgängig mißverstandenen Worte et nostrae gravitatis, ius nostrum sine summa illius ignominia persequi. Der andere Weg

war, die Bürgen anzugreifen. Diesen will er wählen und ihn rechtfertigt er in dem bestrittenen Theil der Stelle gegen die Einwendungen, die er dawider von Atticus' Seite voraussah, indem er eine Art und Weise ihn einzuschlagen aufstellt, welche jene voraussichtlichen Einwendungen nicht trafen und die auch sonst ihm durchaus angemessen schien. Schon diese seine Absicht, die Bürgen zu mahnen, und einen angemessenen Weg, auf welchem dieses ohne Bedenken geschehen könne, seinem Freunde klar zu machen, zeigt nun die Unmöglichkeit, ut sponsores non appellentur zu lesen. Indem er mit einem Etsi, welches die Einwendung gegen seine Intention (das sponsores appellare) anzeigt, beginnt, und nachher in dem Satze possumus enim den Weg zu diesem Ziele zu gelangen, ohne daß dann jene Einwendung Kraft behält, nachweist, erfordert dieser Gedankengang durchaus eine affirmative Angabe dieses Zieles (ut sponsores appellentur).

Worin besteht nun aber der Inhalt der Einwendung, die δυσωπία, welche von dem sponsores appellare schien zurückhalten zu müssen? Keller meint, in der Beleidigung des Hauptschuldners, welche nothwendig damit verbunden gewesen wäre, wenn man, statt an ihn sich zu halten, gleich die Bürgen angegriffen, und damit die schlechte Meinung, die man von seiner Oekonomie hegte, zu erkennen gegeben hätte. Er beruft sich dafür auf L. 19. D. de iniuriis (47., 10.), wo Gaius sagt: Si creditor meus, cui paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriarum

tenetur. Allein die durchaus wesentlichen Voraussetzungen der hier angenommenen Beleidigung, cui paratus sum solvere und in iniuriam meam, fehlen in unserem Falle, wo Cicero sich fruchtlose Mühe genug gegeben hatte, von Dolabella in Güte Zahlung zu erhalten, und blos sein gutes Recht verfolgen wollte, ganz und gar. Daß aber, diese Voraussetzungen weggedacht, der Hauptschuldner es seinem Gläubiger als eine Rücksichtslosigkeit gegen ihn sollte vorwerfen können, wenn er sich, da er ihn nicht bezahlt hat, nun an die Bürgen wendet, ist aus allgemeinen Gründen nicht zu begreifen. Vielmehr liegt der Grund zu der Scheu, die Bürgen vor dem Hauptschuldner zu belangen, in der Rücksicht auf jene, bei denen auch der Gläubiger sich erinnern muß, daß sie als bloße Nebenschuldner sich verpflichtet und dem Hauptschuldner damit einen gefahrvollen Freundesdienst geleistet haben. Dieses nicht zu beachten und sie ohne Noth geradezu in Anspruch zu nehmen, während man noch von dem, den allein eigentlich die Sache angeht, Zahlung erlangen kann, verräth jedenfalls einen Mangel an Gefühl für Billigkeit und setzt daher der allgemeinen Mißachtung aus. Bekanntlich hat Justinian diese Billigkeitsrücksicht sogar zu einem Zwangsrecht erhoben, indem er den Fidejussoren, Mandatoren und Constituenten in Nov. 4. pr. c. 1. 2. das beneficium excussionis ertheilte. Daß er aber hiermit nicht einen dem Römischen Recht bisher ganz unbekannten Rechtssatz aussprach, sagt er selbst, indem er mehrfach bezeugt, es sey dieses schon ein altes, freilich aber, er wisse selbst

nicht wie, aus der Praxis verschwundenes Gesetz; nur für den Fall, daß der Hauptschuldner abwesend sey, habe jenes Gesetz nicht die gehörigen Distinctionen zur Abhülfe enthalten, obgleich der große Papinian darüber zuerst Belehrung ertheilt, d. h. jenen Rechtsgrundsatz aufgebracht habe. Was es nun mit diesem ältern Gesetz für eine Bewandniß habe, ist freilich dunkel, da die in Justinian's Sammlung übergegangenen Rescripte von Severus mit seinem Sohne Antoninus, dem letztern allein, und Diocletian und Maximian unzweideutig das Recht aussprechen, der Gläubiger habe die freie Wahl, die Bürgen oder den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen, wenn nicht von vorn herein etwas Anderes ausgemacht sey [12]). Dabei ist es aber bemerkenswerth, daß in den Pandekten keine Stelle eines Römischen Juristen von gleichem Inhalt sich findet; umgekehrt setzt ein Respons von Papinian den Fall, daß Bürgen der satisdatio rem pupilli salvam fore verlangt, daß der Mündiggewordene erst den Tutor selbst belangen sollte, und deshalb novirend ihm das versprochen hatten, was er von jenem nicht erlangen würde [13]) — eine Voraus-

12) L. 3. 5. 19. 20. 23. C. de fideiuss. (8., 41.).

13) L. 7. D. de fideiuss. tutor. (27., 7.). Papinianus lib. 3. Resp. — Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniret, petierant, atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros, quod ab eo servari non potuisset. placuit, inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum (man lese fideiussorium) susceptum videretur. Nam et si mandato plurium pecunia credatur, aeque dividitur actio: si enim, quod datum,

[illegible]

dore ad sponsorem venit creditor, quam si a debitore recipere non potest.

Mit der δυσωπία, die Cicero als Einwand des Atticus gegen das sponsores appellare voraussetzte, hatte es also seine Richtigkeit. Allein er giebt ihm zu bedenken, daß dieselbe wegfallen würde, wenn man zuerst die Procuratoren introducirte. Dieses Ausdrucks bedient sich Cicero, weil die Procuratoren nicht in ius vocirt, sondern nur durch ihre Pflicht, sich des Vertretenen anzunehmen, zum Erscheinen vor Gericht bewogen werden konnten. Zugleich liegt darin aber auch wohl eine Beziehung darauf, daß dieses Hereinbringen der Procuratoren nach Cicero's Meinung nur ein Scheinmanöver seyn sollte, um gegen die Bürgen sagen zu können, man habe gegen den Schuldner selbst alles Mögliche versucht. Gegen diesen Vorschlag sieht nun aber Cicero wieder den Einwand des Atticus voraus: wenn die Procuratoren belangt würden, so verliere er ja damit lite contestata die Klage gegen die Bürgen und könne also diese nicht mehr in Anspruch nehmen. Deshalb setzt er — zugleich als Rechtfertigung des Ausdrucks introducere, insofern damit nur ein Scheinmanöver bezeichnet werden sollte — hinzu: Neque enim illi litem contestabuntur, quo facto non sum nescius sponsores liberari. Daß er aber diese Verweigerung der litis contestatio von Seiten der Procuratoren mit solcher Gewißheit annehmen konnte, ist bei den ihnen gewiß am besten bekannten Vermögensverhältnissen des Dolabella nicht zu verwundern. Da die Forderung selbst ganz zweifel-

los war, so hätten sie ja dann dessen und seiner Bürgen Schuld nur auf sich und die von ihnen in der satisdatio iudicatum solvi zu stellenden Bürgen übernommen, und würden eben so gut wie im Fall einer sofortigen Zahlung, die hier jedenfalls vernünftiger gewesen wäre, mit der mandati contraria actio von dem insolventen Dolabella jedenfalls nichts wieder bekommen haben.

Wenn nun aber Cicero auf diesem Wege noch etwas gegen den Hauptschuldner unternahm, so schien es ihm auch wieder nicht angemessen, darin so weit zu gehen, daß er nun auch noch auf Execution gegen ihn antrüge, und die Bürgen erst auf das, was durch den Güterverkauf nicht gedeckt würde, belangte — was an sich zulässig gewesen wäre, da in den Executionsmaaßregeln nichts liegt, wodurch die Haupt- und Bürgschaftsschuld aufgehoben würde. Es war ihm ganz recht, daß auf Dolabella ein kleiner Schandfleck fiel, damit er et ipse sentiat et reliqui omnes, me ab illo abalienatum: idque prae me feram, et quidem me mea facere et rei publicae causa, ut illum oderim. Dieser lag aber schon darin, daß die Procuratoren eine Schuld für ihn nicht zahlten (denn die Nichtzahlung stand der verweigerten litis contestatio, wie bemerkt, hier gleich), wofür er Bürgen gestellt hatte — eine Art von Schuld, wo die Zahlung immer eine Ehrensache für den Hauptschuldner ist, um die Bürgen nicht in Verlegenheit zu setzen [15]). Ihn der wirklichen Infamie aus der Execu-

15) Cic. ad Attic. 16., 6. §. 3. Quin, si, ut spero, cele-

tionsstrenge auszusetzen, hielt er aber wieder für auf diesem Wege zu weit gegangen. So sehen wir also, daß man zu Cicero's Zeit, oder daß wenigstens dieser selbst dem Vorwurfe der Unbilligkeit, die in der Heranziehung der Bürgen vor dem Hauptschuldner lag, zu entgehen glaubte, wenn man sich, obgleich vergeblich, Mühe gegeben hatte, den Hauptschuldner zu belangen, eine Ausklagung desselben aber nicht für nöthig hielt. Weiter scheint hier Quintilian zu gehen; er fragt nicht blos: debitorem appellasti, sondern auch noch: cum ipso, cui dederas pecuniam, egisti? und nach ihm soll man den Bürgen nicht anders schicklich belangen können, quam si a debitore recipere non potest.

Wenn nun aber das Letztere, wie wir nach Justinian's Aeußerungen glauben müssen, herrschende Ansicht wurde, wie vertrug es sich damit, daß durch die litis contestatio mit dem Hauptschuldner der Bürge befreit wurde? Denn die Sicherung durch den Bürgen wäre überhaupt eine illusorische gewesen, wenn man ihn, ohne zuvor den Gläubiger auszuklagen, ohne Schmach nicht hätte belangen können, durch jene Ausklagung aber

---

riter in Epirum, hoc, quod satisdato debeo, peto a te, ut ante provideas planeque expedias et solutum relinquas. Hierauf beruht es, daß eine solche Schuld im Zweifel eher als bezahlt angenommen wird, als eine ohne Bürgen. L. 4. 5. pr. D. de solut. (46., 3.). Man muß sie daher auch noch der Pfandschuld vorziehen, wenn der Schuldner dieses Pfand selbst bestellt hat, und vielleicht selbst dem sub poena debitum, weil darin nur ein Vermögensschaden liegt. Sie kommt also unmittelbar auf das ex famosa causa debitum und das, was zu einer wirklichen Infamie führen könnte, wie das Judicat. L. 7. 97. D. eod.

wieder der Bürge verloren gegangen wäre? Wegen dieses Bedenkens glaubte ohne Zweifel Julian, daß, wenn der Bürge so verpflichtet wäre: si reus quadraginta non solverit, fide tua esse iubes? er schon hafte, sobald der Hauptschuldner auf geschehene Mahnung nicht gezahlt oder vor der Mahnung gestorben wäre [16]); wegen dieses Bedenkens blieb auch bis zur Mitte der Kaiserzeit dem Gläubiger stets sein äußeres Recht, zwischen Bürgen und Schuldner zu wählen. Allein eben dieser Punkt war es auch, wie wir glauben, wo Papinian's Rechtsweisheit einschritt, indem er einerseits ein Mittel nachwies, wie der Gläubiger ungeachtet der Vorausklagung des Schuldners sein billiges Recht gegen die Bürgen behalten könnte, andererseits aber auch den Gläubiger mittels einer außerdem ihm vom Bürgen entgegenzusetzenden doli exceptio nöthigte, erst den Hauptschuldner auszuklagen, und so — wie es seiner edeln Denkungsart entsprach [17]) — die Forderungen der Billigkeit und des Anstandes mit denen des strengen Rechts in Einklang setzte. Jenes Mittel bestand nämlich, wie die oben angeführte L. 7. D. de fideiuss. tut. zeigt, darin, daß der in Anspruch genommene Bürge sich erbot, seine Bürgschaftsschuld in eine Verpflichtung wegen dessen, quod creditor a debitore servare non posset zu verwandeln. Enthielt sie so auch noch ein onus fideiussorium, weshalb Papinian darauf auch im Falle ei-

16) L. 16. §. 6. D. de fideiuss. (46., 1.). Vergl. L. 42. pr. D. de reb. cred. (12., 1.).

17) L. 15. D. de condit. instit. (28., 7.).

ner Mehrheit von Bürgen das beneficium divisionis anwandte (Lit. 7. cit.), so war sie doch formell nicht mehr eine Bürgschaftsschuld, die wesentlich immer auf idem lauten mußte, sondern eine selbstständige bedingte Schuld, die in keiner Beziehung mit der des Hauptschuldners identisch, auch von der litis contestatio mit jenem nicht ergriffen wurde [18]). Ueberhaupt aber wird dieses die praktische Bedeutung dieser seit Papinian auch sonst mehrfach erwähnten Art von Bürgschaft gewesen seyn [19]). Man verpflichtete nun oft auch schon von vorn herein auf diese Weise, statt deren Erzwingung durch vorgehaltene doli exceptio abzuwarten, und nannte daher sehr natürlich auch diese Art von Verpflichteten fideiussores, obgleich sie es streng genommen nicht waren. Daß nun aber jener Papinianische Rechtssatz zu Justinian's Zeit wieder abgekommen war, und keine Stellen von Römischen Juristen weder für noch gegen denselben in die Pandekten aufgenommen wurden, mag darin seinen Grund haben, daß er nicht allgemein durchdrang. Vielleicht behauptete man ihn schlechthin nur für prätorische und andere erzwingbare Satisdatio-

18) Wie dieses auch wieder Papinian näher auseinandersetzt L. 116. D. de verb. obl. (45., 1.). Vgl. L. 21. D. de solut. (46., 3.). Doch war das Recht der Stipulation quanto minus a Titio consecutus fuero — aber nicht in Anwendung auf die Bürgschaft — schon früher entwickelt worden, so daß Papinian es nur hier anzuwenden brauchte. L. 42. pr. D. de reb. cred. (12., 1.) von Celsus, und L. 150. D. de verb. signif. (50., 16.) von Gaius.

19) L. 41. pr. D. de fideiuss. (46., 1.) von Modestin, und L. 17. C. eod. (8., 41.) von Gordian.

nen, weil hier das, was die Billigkeit mit sich bringt, auch in andern Beziehungen berücksichtigt wurde [20]; wenigstens scheint es nicht zufällig, daß sowohl L. 7. cit. als auch L. 41. pr. cit. auf die satisdatio des Vormunds sich bezieht, während die Codexstellen, die das benef. excussionis ignoriren, auf freiwillige Satisdationen gehen; denn bei diesen konnte man mit Grund sagen: wenn die Parteien eine solche gemilderte Bürgschaft gewollt hätten, so würden sie dieselbe ja auch mit der Formel quod servare a debitore non potuero, ausgedrückt haben. Vergl. L. 5. und 19. C. de fideiuss. (8, 41.). Außerdem mochte gegen den Rechtssatz eingewandt werden, er sey alsdann wieder unbillig, wenn der Hauptschuldner nicht gegenwärtig sey, und diese Gegenwart näher zu bestimmen, ging doch über die Macht der bloßen Jurisprudenz hinaus: hierauf bezieht sich denn das, was Justinian „dem alten Gesetz" wegen gewisser ihm mangelnder Distinctionen zum Vorwurf macht und worin er eine nothwendige Nachhülfe anbrachte. So hielt man sich denn in der Praxis lieber an den einfachen Satz, daß, wenn der Bürge nicht selbst für sich gesorgt habe, dem Gläubiger die freie Wahl zwischen ihm und dem Hauptschuldner bleibe, und nahm aus den mit jenen Controversen erfüllten Büchern der

---

20) Außer der ihnen stets beigefügten doli clausula erinnere man sich, daß eine bedungene Pön bei prätorischen Stipulationen nicht mit dem bloßen Ablauf des Erfüllungstages, wie bei freiwilligen Stipulationen, wirklich verfiel, sondern dem Schuldner wegen triftiger Entschuldigungsgründe eine doli exceptio gegeben wurde. L. 2. D. si quis caution. (2. 11.).

ältern Juristen nichts über diese Materie in die Pandekten auf. Jene Justinianische Nachhülfe bei Wiedereinführung des Rechtssatzes bestand nun aber darin, daß der Bürge das beneficium excussionis schlechthin nur haben sollte, wenn der Hauptschuldner gegenwärtig sey, wobei der Kaiser übrigens in Gemäßheit eines früher von ihm erlassenen Gesetzes [21]) von der Ansicht ausging, daß nicht schon die bloße litis contestatio mit dem Hauptschuldner, sondern erst die Zahlung den Bürgen befreit, weshalb die ehemalige neue Verpflichtung des Bürgen vor Gericht de eo, quod creditor a debitore principali servaturus non esset, unnöthig wurde; wenn dagegen der Hauptschuldner nicht anwesend sey, sollte dem dem Gericht angezeigten Bürgen von diesem eine Frist zur Herbeischaffung des Hauptschuldners und, nachdem er zurückgekommen, eine abermalige zur Aufnahme der Klage gesetzt werden, so daß erst, wenn diese fruchtlos abgelaufen sey, der Bürge gegen Cession der Klage wider den Hauptschuldner sich mit dem Gläubiger einlassen müsse.

Merkwürdig ist außerdem in der Stelle des Cicero noch, daß er es als zweifellosen Rechtssatz aufstellt: durch die Litiscontestation des Procurators — die also überhaupt zuläßig war — werde die Obligation, aus der geklagt wird, consumirt. Mit diesem ganz klaren Zeugniß stimmt die Darstellung der meisten Neuern keineswegs überein. Nach ihnen [22]) galt dieses nur für

21) L. penult. C. de fideiuss. (8., 41.).

22) Keller Litiscontestation §§. 39 — 42. S. 305 — 349.

den Cognitor; noch zu Gaius' Zeit deducirte der Procurator und eben so auch der Vormund nicht in litem, und mußte deßhalb, wenn er für den Gläubiger auftrat, die cautio dominum rem ratam habiturum bestellen, da der Vertretene stets nochmals klagen konnte. Erst nach jener Zeit kam allmälig der Grundsatz auf — am ersten wohl für den, der den zu Belangenden vertrat — daß auch diese übrigen Stellvertreter durch die litis contestatio auf das Rechtsverhältniß des Vertretenen ipso iure einwirkten, wenn sie wirkliches Stellvertretungsrecht, der Procurator also Auftrag vom Dominus, hätten.

Man möchte nun, um diese gewöhnliche Ansicht mit der Stelle des Cicero in Uebereinstimmung zu bringen, einen Unterschied zwischen dem Stellvertreter des Beklagten und dem des Klägers behaupten; jener, von dem allein Cicero spreche, habe, obgleich er nicht cognitor war, von jeher den Hauptschuldner befreit; von diesem aber sey erst nach Gaius' Zeit angenommen worden, daß er, wenn er nur nicht falsus tutor, curator oder procurator sey, rem pupilli vel domini in iudicium deducire. So unterscheidet auch wirklich Keller [23]), obgleich ohne auf die Stelle des Cicero Bezug zu nehmen, nach einer Reihe von andern Stellen, die es außer Zweifel setzen, daß nach dem Grundsatz etiam inviti obligatione liberamur, schon zu Gaius' Zeit jeder

---

Hollweg Versuche S. 179 flg. Zimmern Gesch. des Civilproc. §. 157. 159. Puchta Cursus der Instit. §. 156. Bd. 2. S. 51 flg. Walter Gesch. des R. R. (1846.) §. 746.

23) a. a. O. S. 350.

Stellvertreter, selbst ein bloßer defensor ohne Auftrag, den Schuldner eben so durch iudicii acceptio, wie durch Zahlung oder Expromission befreite[24]). Allein Cicero scheint doch einen für alle Litiscontestation durch Procuratoren geltenden Rechtssatz auszusprechen, und wenn man für die Beschränkung auf Procuratoren des Beklagten anführen wollte, daß der vorliegende Fall von dieser Art war, so spricht für die Beziehung auf Procuratoren des Klägers, daß man litem contestari nicht leicht vom Beklagten, sondern nur vom Kläger zu sagen pflegt[25]). Mag nun aber auch der Gebrauch dieses Ausdrucks von den den Beklagten vertretenden Procuratoren dadurch erklärt werden, daß zu Cicero's Zeit wirklich noch beide Theile, wenn auch nur noch zum Beweise der litis contestatio vor dem iudex, Zeugen aufriefen, wie damals ja auch die Response der Rechtsgelehrten noch vor Zeugen ertheilt wurden, während man seit Anfang der Kaiserzeit die Response durch ein schriftliches Document und eben so die litis contestatio durch die an den iudex gerichtete formula bewies: das Wichtigste ist, daß es der gewöhnlichen Meinung an allen ausreichenden Gründen fehlt.

---

24) L. 23. D. de solut. (46., 1.) L. 10. §. 1. D. de in rem verso (15., 2.) L. 11. §. 7. D. de exc. rei iud. (44., 4.).

25) So auch Cic. pro Rosc. Com. 11. 12. 18. Doch war der Act allerdings ein beiderseitiger, Fest. v. Contestari, und jener Sprachgebrauch erklärt sich daraus, daß er im Interesse des Klägers vorgenommen wurde. Eben so gebraucht man bekanntlich obligatio in der Regel vom Gläubiger, es kommen aber auch einige Stellen vor, in denen es das Verhältniß des Schuldners bezeichnet.

26) Auf Cic. pro Rosc. Com. 18. Qui per se litem contestatur, sibi soli petit: alteri nemo potest, nisi qui cognitor

Ihre einzige Stütze [26]) ist Gai. 4., 98. Procurator vero si agat, satisdare iubetur, ratam rem dominum habiturum; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur, quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egisset. Hier versteht man das periculum so, als wenn der durch einen Procurator Vertretene stets noch einmal hätte klagen können, so daß das Ungewisse, welches im Begriff der Gefahr liegt, nur darin bestände, ob der Dominus sich entschließen wird, nochmals selbst zu klagen. Schwerlich aber ist dieses eine natürliche Erklärung. Von dem, wozu ein Anderer schlechthin gegen mich berechtigt ist, wird man nicht bloß sagen, es sey Gefahr für mich vorhanden, nochmals in Anspruch genommen zu werden. Ich bin hier geradezu noch Schuldner, mein Vermögen ist schlechthin noch um diese Schuld geringer, und so würde Gaius, wenn er dieses hätte sagen wollen, sich vielmehr so ausgedrückt haben: is enim, cuius nomine per procuratorem actum est, de eadem re ipse iterum agere potest. Weit näher liegt die Erklärung, daß der Belangte, wenn ein Procurator geklagt hat, alsdann immer noch wieder vom Dominus belangt werden kann, wenn

est factus, beruft man sich mit Recht nicht. In dieser Stelle liegt nach dem Zusammenhange gar kein Gegensatz des cognitor gegen andere Stellvertreter, sondern nur des Stellvertreters gegen den Interessenten selbst, und bloß der Cognitor ist erwähnt, weil dieses die gewöhnliche Art von Stellvertretern, ja damals die einzige Art von eigentlichen Proceßstellvertretern war.

jener keinen Auftrag hatte, und er doch nie so sicher, wie beim cognitor, wissen kann, ob der Procurator Auftrag hatte oder nicht, oder, wenn er einen solchen hatte, ob derselbe nicht vor der litis contestatio wieder durch Tod, Widerruf u. s. w. aufgehoben sey. Aehnlich auch beim Tutor und Curator. Das Princip für die Stellvertreter des Klägers war also: beim cognitor ist es schon formell gewiß, daß er in iudicium deducirt, bei den übrigen ist es nur möglich; darum cavirt jener niemals de rato, diese in der Regel stets. Nach dieser Erklärung behält der Ausdruck periculum seinen rechten gewöhnlichen Sinn einer bloßen Gefahr, nicht einer Gewißheit des Schadens und die Zulassung des Procurators oder Vormundes unter der Bedingung der satisdatio bleibt gerecht und den übrigen gerichtlichen Cautionen entsprechend, während es ganz unbillig wäre, den Beklagten zur Einlassung mit Jemandem zu nöthigen, von dem es gewiß wäre, daß er ihn von der Klage des eigentlich Berechtigten nicht befreie. Außerdem sprechen dafür aber auch noch folgende Gründe.

Wenn Gaius selbst gleich nachher (4., 99.) sagt, den Tutoren und Curatoren werde, obgleich sie nach den Worten des Edicts eigentlich eben so, wie die Procuratoren ratam rem caviren müßten, diese Caution doch oft erlassen, so erklärt sich dieses nun einfach daraus, daß das wirkliche Stellvertretungsrecht der Vormünder oft ganz unzweifelhaft ist, z. B. wenn der Prätor selbst sie erst eben ernannt hat, während man beim Procurator, der damals immer für einen Abwesenden auftrat, nie-

mals mit Sicherheit wissen konnte, ob er ex mandato domini handele. Auch ging man nun bloß auf denselben Bahn fort, als man dem bald nachher aufgekommenen procurator a praesente ad acta constitutus und in ähnlichen Fällen, wo das Mandat zweifellos war, die Caution ebenfalls erließ [27]), während hierin nach der gewöhnlichen Ansicht die Aufstellung eines ganz neuen Princips gelegen hätte. Ferner braucht man nun für eine Reihe von Stellen, die zum Theil von gleichzeitigen oder noch früheren Verfassern herrühren, und nach welchen nur ein falsus procurator nicht in iudicium deducirt, nicht Justinianische Interpolationen oder gewaltsame Erklärungen anzunehmen, um sie mit Gaius in Einklang zu bringen [28]).

Endlich sprechen auch innere Gründe dafür, daß man von jeher, seitdem überhaupt alieno nomine geklagt werden konnte, in iudicium deductio durch einen verus tutor, curator, procurator angenommen habe. Die Novation einer Obligation ist ihrem Wesen nach nur Verwandelung derselben mit Bewilligung des Gläubigers in eine neue, gleichviel wer diese eingeht, wie denn überhaupt nur die Acquisition formelle Erfordernisse hat, nicht die in ihr liegende Veräußerung, insofern sie nicht auf einer legis actio beruht. Wenn nun nach zahlreichen Zeugnissen schon zu Gaius' und selbst schon zu Cice-

27) Vat. Fragm. §§. 317. 333. L. un. C. de satisdando (2., 57.). L. 21. D. ratam rem (46., 8.).

28) Ueber alle diese vgl. Hollweg S. 192 fg., Keller §. 42.

ro's Zeit, wir dürfen aber gewiß auch sagen, von jeher, die Delegation, mochte sie durch Expromission oder nominis transcriptio erfolgen, die bisherige Obligation ipso iure aufhob, obgleich sie nur die Einwilligung des Gläubigers erforderte, warum hätte nicht auch der, welcher mit Willen des Gläubigers litem contestirte, dessen Forderung wirklich noviren sollen? Auch stimmt damit überein, daß man umgekehrt für den Stellvertreter des Beklagten Befreiung des Letztern durch litis contestatio nach dem bloßen materiellen Princip: etiam inviti liberamur annahm.

III.

Der Proceß um die Freiheit der Virginia.[1])

Von

Herrn Professor D. Schmidt (von Ilmenau)

in Jena.

Der Proceß, welcher um die Freiheit der Virginia geführt wurde, gehört zu den berühmtesten des Alterthums; hatte er doch eine Revolution in Rom, wenn auch nicht zur Folge, doch zur Begleiterin, etwa wie in Frankreich die berüchtigte Halsbandgeschichte. Diese seine politische Bedeutsamkeit und vielleicht auch sein tragischer, den römischen Nationalcharakter scharf ausprägender Ausgang haben es veranlaßt, daß wir zwei[2]) ausführliche Beschreibungen desselben besitzen, die eine in dem prägnanten, plastischen Styl geschrieben, welcher

---

1) Es ist mir nur eine besondere Schrift über diesen Gegenstand bekannt: M. S. Mayer ad Livii lib. III. cap. 44 — 48, Stuttgartiae 1828; dieselbe handelt jedoch nur sehr beiläufig von ihrem Thema, sich desto ausführlicher über die legis actio per manus iniectionem im Allgemeinen verbreitend.

2) Die kurze, oberflächliche und ungenaue Darstellung des Diodorus Siculus (XII, 24.) kann hier nicht mitgezählt werden.

Livius auszeichnet (III., 44—48.), die andere bei Dionys (XI., 28—37.), weniger geistreich und bei weitem breiter [3]). Beide Schriftsteller stimmen in vielen wichtigen Punkten überein, ergänzen sich mehrfach, weichen aber auch für manche nicht unwichtigen Dinge von einander ab. An Quellen scheint es ihnen nicht gefehlt zu haben, namentlich deutet Livius' Ausdrucksweise sogar Reichthum an III., 47. [4]); beide werden zum Theil dieselben benutzt haben, aber nur zum Theil, denn manche Abweichung läßt sich nur durch Verschiedenheit der Gewährsmänner erklären. — Außer dem allgemeinen historischen haben diese Darstellungen noch ein speziell rechtshistorisches Interesse, weil sie das früheste Beispiel eines ins Einzelne beschriebenen Civilprocesses aus der Legisactionenzeit abgeben. Daß von diesem Gesichtspunkt aus — und es ist der der nachfolgenden Ausführung — beide Classiker viele Schwierigkeiten übrig lassen, wird Niemanden befremden, der des Standpunktes beider Werke nicht uneingedenk ist.

Um den beabsichtigten Gewaltstreich mit dem äußeren Scheine des Rechts zu umkleiden, stellt der erste der

---

3) Die juristischen Schriftsteller über diesen Gegenstand haben zumeist ausschließlich oder doch vorzugsweise nur auf Livius Rücksicht genommen, nicht zum Vortheil der Sache, wie ich glaube; auffällig insbesondere ist diese Vernachlässigung des Dionys bei dem Schriftsteller, der eigens die Darlegung dieses Processes sich zur Aufgabe macht, bei Mayer.

4) Quem decreto sermonem praetenderit, forsan aliquem verum auctores antiqui tradiderint, quia nusquam ullum in tanta foeditate decreti verisimilem invenio, id quod constat nudum videtur proponendum —.

Decemvirn, Appius Claudius, seinen Clienten M. Claudius an, daß er die Virginia, Tochter des zur plebejischen Gemeinde als angesehenes Mitglied gehörigen L. Virginius[5]), in einem Zeitpunkt, wo dieser Letztere als Soldat auf dem Algidus abwesend war, als seine Sklavin im Nothfall sogar gerichtlich in Anspruch nehme. Wer die Volksstimme zu fürchten hat, thut klug, wenn er den Schein vermeidet, als ob er sie fürchte. Daher der Angriff am hellen Tage, auf offenem Markt, über dessen Vornahme an sich beide Quellen übereinstimmen; nur daß Dionys schlechthin sagt: ἐπιλαμβάνεται τῆς παρθένου, Livius dagegen sich eines Ausdrucks bedient, welcher es zweifelhaft machen kann, ob nicht darunter ein formell juristischer Act verstanden werden müsse: minister decemviri libidinis manum iniecit; serva sua natam (servamque appellans) esse sequique se iubebat, cunctantem vi abstracturum. In Wahrheit sieht darin Heffter (ad Gaii lib. IV. p. 15.) die Anwendung der legis actio per manus iniectionem; Mayer (p. 45.) und Puchta (Institutionen II. S. 85.) stimmen ihm bei, der Letztere in etwas modificirter Weise, während Zimmern (Geschichte des römischen Civilprocesses §. 44.) vom Anfang an widersprach.

---

5) Ich finde keinen Grund, gegen das ausdrückliche Zeugniß von Dionys (c. 28.: ἀνὴρ ἐκ τῶν δημοτικῶν Λεύκιος Οὐεργίνιος) und Livius (c. 44.: Ap. Claudium virginis plebeiae stuprandae libido cepit), denen sich auch Valerius Maximus anschließt (VI., 1. 2.), mit Niebuhr (II. p. 393.) anzunehmen, daß die Virginier dem patricischen Geschlechte dieses Namens angehörten.

Daß das hervorgehobene manus iniicere den wahren Legisactionen nicht zugezählt werden könne, scheint mir so lange unzweifelhaft, als wir keinen Grund haben, dem Ausspruch des Gaius (IV., 29.) zu mißtrauen, wonach diese stets vor dem Magistrat vorgenommen werden mußten[6]), und als es insbesondere für die per manus iniectionem feststeht, daß sie zu den eigentlichen, nicht zu denen im weiteren Sinne, also den außergerichtlichen wie die Pignoriscapio (die noch dazu Gaius für einzig in ihrer Art erklärt) gehöre. Dagegen soll die Möglichkeit der Sitte, sich bei dem Ergreifen eines flüchtig gewordenen Sklaven einiger sollennen Worte zu bedienen, nicht in Abrede gestellt werden; nothwendig ist freilich diese Annahme auch nicht, denn das Eigenthum am Sklaven ist kein anderes als das am Hausthier, und auf keinen Fall kann zugegeben werden, daß von der genauen Beobachtung jener problematischen Sollennität das Schicksal des Rechts selbst, wie eben bei der Legisactio, abhängig gewesen sey.

---

6) Daher in den Zwölftafelworten: Aeris confessi rebusque iure indicatis triginta dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto. in ius ducito, ni iudicatum facit aut quips endo em iure vindicit, secum ducito, anders als Heffter anzunehmen scheint, der Satz post deinde manus iniectio esto nicht auf die legis actio per manus iniectionem zu deuten ist (welche vielmehr, ohne daß sie mit diesem Namen ausdrücklich hier bezeichnet wird, erst in dem folgenden liegt), sondern auf die Berechtigung mit Hinweglassung der In Jus Vocatio sofort durch Manus Injectio und Ductio den Beanspruchten vor den Magistrat zu schaffen. — Bei Zimmern §. 46. finden sich hierüber noch unbegründete Ansichten.

Die Sache kommt, weil, wie Livius und Dionys übereinstimmend berichten, die aufgeregte Menge sich dazwischen legt, vor den Magistrat, den Appius Claudius selber. Die beiden Vertreter der Virginia, der Oheim mütterlicher Seite, P. Numitorius, und der Bräutigam L. Icilius, erscheinen nach beiden Relationen erst etwas später in iure. Livius sagt: Vocat (sc. M. Claudius) puellam in ius: auctoribus, qui aderant, ut sequeretur (d. h. die Umstehenden riethen ihr zu folgen, nicht aber ist an den antestatus zu denken). Hier kommt uns zunächst ein formelles Bedenken. Ich halte nämlich dafür, anders als die Meisten (z. B. auch Burchardi Lehrbuch des röm. Rechts Bd. II. p. 296.), daß ein Herr gegen den, welchen er seinen Sklaven nennt, die In Jus Vocatio vorzunehmen niemals verpflichtet war, daß höchstens die Ductio an ihrer Stelle gewesen wäre; man müßte denn annehmen, das Römische Recht sey milder für diejenigen, welche als Sklaven, als für die anerkannt Freien, welche als aeris damnati beansprucht werden. Auch Mayer's Auffassung (p. 45.), der favor libertatis sey so groß gewesen, daß, sobald ein Vindex erstand, die Präsumtion für die Freiheit gewesen sey, bessert hier nichts; denn erstens fehlte ja, sobald man sich an die Quellen hält, in diesem Moment noch jeder Vindex; dann auch diesen vorausgesetzt, wäre der Proceßgegner, nicht das Streitobject, zu rufen gewesen, und endlich würde sachgemäß die Aufforderung nicht vom servitutis, sondern vom libertatis assertor haben ausgehen müssen. Man kann hier auf doppeltem Wege

abhelfen: zunächst auf dem gewaltsamern, indem man mit Verwerfung der Quellen sagt, Numitorius oder Icilius, schon auf dem Forum als libertatis vindex sich gebend, vocirte den M. Claudius in ius; oder auf dem anderen, milderen und natürlicheren, durch die Voraussetzung nämlich, es habe der Letztere, als die erstaunte Masse drängte, von dem strengen Recht der Ductio nachgelassen, sich mit der gelindern, völlig zureichenden Vocatio begnügend. Der Zweck dieser Vocatio ist für diejenigen, welche die legis actio per manus iniectionem als im vorliegenden Fall begründet ansehen, völlig klar. Wer diese dagegen für unzulässig hält, wird füglich sagen können, es wollte M. Claudius die stürmische Volksmasse durch die factische Auctorität eines magistratischen Ausspruchs überzeugen, wie nichts Widerrechtliches in seinem Auftreten zu erfinden sey.

Daß im Fortschritt der Verhandlung eine legis actio beabsichtiget wurde, dafür spricht Alles, die Zeit des Processes überhaupt, die Erwähnung der Vindiciä insbesondere; daher wird das auch allgemein zugegeben. Dagegen ist Streit, ob per manus iniectionem oder sacramento procedirt werden sollte. In dieser Rücksicht ist eine Discrepanz von Livius und Dionys von der größten Wichtigkeit. Beim Ersten beginnt die Verhandlung, ohne daß ein Vindex vorhanden ist (nur advocati der Virginia werden ausdrücklich erwähnt); sogar erst nach dem die vindiciae secundum servitutem aussprechenden Decret kommen Oheim und Bräutigam.

Bei Dionys dagegen beginnt das gerichtliche Verfahren erst nach der Ankunft dieser Beiden [7].

Hält man den ersten Bericht für unverdächtig, so wird man gewiß mit Puchta (Institutionen II. p. 91.) sagen müssen, daß die einzige hier denkbare legis actio die Manus injectio sey; sie allein nämlich ist eher einen processualischen Gegner, für welchen vindicirt der als Sklave in Anspruch genommenen Person nicht gehen kann, möglich. Dennoch stellen sich dieser Annahme gegründete Bedenken entgegen.

Puchta behauptet sich für seine Behauptung, welche in beiden Quellen keinen unmittelbaren Anhaltspunkt hat, welcher vielmehr, wenn man Worte premiren will, bei Dionys Kap. 29.: *Σιωπῆς δὲ γενομένης Μάρκος Κλαύδιος [illegible] τῆς παιδὸς ἐπιλαβόμενος* der sie ergriffen hatte, nicht gegenwärtig ergreift, wo namentlich der zugefügte Aorist auf die frühere Zeit zurückweist, widerspricht, den Weg durch den pag. 91. not. f. ausgesprochenen Satz: wo eine außergerichtliche Manus injectio gestattet war, dürfen wir schließen, daß diese legis actio darauf folgte, wenn der Beklagte sich mit dem Kläger nicht auf den Weg zum Gericht abfand. Daß dieser Satz jedoch nicht allgemein wahr sey, zeigt die gegen den der In jus vocatio nicht Folge leistenden zulässige Manus injectio; es wird daher, selbst wenn man zugiebt, in jenem un-

7) Cap. 28. — *πάντων ἀθροισθέντων [illegible] ἕως ἂν ἔλθωσιν οἱ συγγενεῖς τῆς παιδὸς καὶ ὁ Ἄππιος [illegible] [illegible]* etc.

nus iniecit bei Livius sey ein formeller juristischer Act zu sehen, erlaubt seyn, auch für den vorliegenden Fall mindestens die Nothwendigkeit einer nachfolgenden Legis Actio dieser Gattung in Abrede zu stellen.

Die l. a. p. manus iniectionem in ihrer ursprünglichen Gestalt erscheint nun aber durchaus nicht für das hier fragliche Verhältniß berechnet; denn es ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß sie gegen den aeris damnatus und den diesem gleichstehenden confessus dienen sollte, ja schon vor dem Decemviralgesetz in dieser Art bestand. Ihre natürliche Fortbildung erfolgt zuvörderst in den Fällen pro iudicato; der fur manifestus gilt dem confessus gleich, der durch nexum obligirte dem damnatus. Zwischen diese Fälle mit Puchta ohne irgend ein bestimmtes Quellenzeugniß den als Sklaven Angesprochenen einzuschieben, dafür fehlt es an jeder innerlichen Verwandtschaft des Inhalts, der eben so heterogen ist wie die Begriffe von Person (oder besser von Obligation) und Sache. Und es leuchtet überdieß von selbst ein, daß der weitere Verlauf dieser Proceßart, die Lage des Addictus, der Verkauf, das partes secare nur für Execution, nicht aber für dieses Verhältniß passend sind. (Vergl. hierzu: Huschke über das Recht des nexum p. 141. ff.)

Aber auch die Darstellung bei Livius selber verträgt sich nur schlecht mit der besprochenen Legis Actio. Für das über die Vindiciä erlassene Decret, über dessen Ungerechtigkeit das Volk murrt, war nämlich bei der Manus Injectio, wo sie auch bei Gaius nicht

mit einem Wort erwähnt werden, meiner Meinung nach gar kein Raum (wie Puchta es dennoch damit verträglich halten kann, sehe ich nicht ab); nur dann ist es offenbar an seinem Platz, wenn zwei Vindicanten jene in Anspruch nehmen. Hätte wirklich Virginia selber für ihre Person ohne einen Vertreter darauf Anspruch gemacht, so bedurfte es nicht der in den Quellen gegebenen sophistischen Gründe, um sie zurückzuweisen; es wäre sogar die Pflicht des Magistrats gewesen, die Addictio an M. Claudius auszusprechen. Daher bin ich der Ansicht, einmal, daß auf jeden Fall dieses Decret von Livius an die falsche Stelle gesetzt wurde, dann aber, der oben angegebenen Gründe wegen, daß überhaupt eine legis actio per manus iniectionem nicht vorkam, sondern der Proceß, wie Dionys berichtet, erst mit dem Erscheinen der Verwandten begann.

Uebrigens ist für den Verlauf des Processes das Vorausgehen oder Nichtvorausgehen des l. a. p. m. iniectionem ein gleichgültiger Umstand; auch nicht mit dem Schein eines Grundes hätte Appius den bald danach auftretenden Vindex, wie doch Puchta dafür hält, für heute wegen geschlossenen Verfahrens zurückweisen können, denn jene Legis Actio schließt die Vindicatio nicht aus und Appius saß noch zu Gericht.

Nachdem P. Numitorius und L. Icilius aufgetreten sind, ändert sich die Scene; ein liberale iudicium wird von nun an möglich [8]). Welche Proceßform

8) Es scheint nicht am unrechten Ort, über den bestrittenen

hier zu wählen war, ist klar, nämlich die vindicatio in libertatem und bezüglich in servitutem, worauf auch Alles hinweist, namentlich die Bezeichnung der Parteien als Adsertores und Vindices, den Streit über die Vindiciä u. s. w.; diese hinwiederum setzt als weitere Form die, obgleich nirgends ausdrücklich erwähnte, legis actio sacramento voraus. Die Person des Ad-

---

Begriff der libertas hier ein Wort anzuhängen. Daß jene bekannte Definition Vangerow's, wonach sie im Eigenthum am eigenen Körper bestehen soll, und wogegen Puchta (Institutionen II. pag. 460.) in seiner scharfen und schlagenden Weise polemisirt, der Anschauungsweise der römischen Juristen direct zuwiderläuft, läßt sich durch einfache Berufung auf Ulpian's beiläufige aber zuverlässige Aeußerung darthun: quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur (l. 13. ad leg. aq.). Puchta selber (a. a. O. p. 431.) bestimmt bloß negativ: frei ist, wer nicht Sklav ist. Das ist richtig, aber nicht vollständig. Es sind nämlich von denen, die nur frei sind (also nicht cives), zwei Klassen zu unterscheiden. Erstlich freie, aber den Römern gegenüber dennoch absolut rechtlose Leute (sie bilden also den negativen Gegensatz zu den Sklaven). Das sind die einem vom Römischen nicht anerkannten Staate zugehörigen Peregrinen, welche gar nicht als Rechtssubjecte gelten, sondern (l. 5. §. 2. de captivis) trotz ihrer Freiheit Object für Römisches Eigenthum abgeben, die hostes im alten Sinn. Ihre Stellung ist der der Sklaven sine domino ähnlich, aber nicht gleich; durch ein Bündniß ihres Staats werden sie zur höheren, sogleich zu beschreibendem Stufe der Freiheit erhoben, die servi sine domino nicht. (Die Darstellung von dieser Art von Freien vermisse ich bei Puchta in §. 214., wo die niedrigsten Zustände der Freien abgehandelt werden. Ich kann es ferner daher nicht billigen, wenn p. 402. Menschen ohne Rechtsfähigkeit mit den Sklaven identificirt werden). Zweitens Freie im activen Sinn; das sind die des ius gentium Theilhaftigen, also Rechtssubjecte den Römern gegenüber (l. 17. §. 1. de poenis). Freiheit in diesem Sinn ist identisch mit Rechtssubjectivität. Zu dieser höheren Potenz gelangt man

[illegible] Servitutis ist natürlich [illegible] des in libertatem [illegible] beiden Hauptquellen, [illegible] Gericht.

Die Art, wie im Einzelnen [illegible]

[illegible]

9) [illegible]

10) [illegible] Klenze [illegible] Bd. VI. S. [illegible] in libertatem vindicare [illegible] Klenze [illegible]

Nach ihm setzt Claudius zuerst ausführlich auseinander, daß und weßhalb er Eigenthümer der Virginia sey (natürlich jedoch ohne sich auf den Beweis einzulassen), und fährt (c. 29.) fort: *κατὰ τοῦτον τὸν νόμον ἀξιῶ τὴν θυγατέρα τῆς ἐμῆς θεραπαίνης ἄγειν καὶ δίκας ὑπέχειν βουλόμενος· ἐὰν δ' ἀντιποιῆταί τις ἐγγυητὰς καταστῆσαι ἀξιόχρεως, ἄξειν αὐτὴν ἐπὶ τὴν δίκην· εἰ δὲ ταχεῖαν βούλεταί τις γενέσθαι διάγνωσιν, ἕτοιμος ἐπὶ σοῦ λέγειν· τὴν δίκην αὐτίκα μάλα καὶ μὴ διεγγυᾶν τὸ σῶμα, μήτ' ἀναβολὰς τῷ πράγματι προςάγειν· ὁποτέραν δ' ἂν οὗτοι βουληθῶσι τῶν αἱρέσεων ἑλέσθωσαν.* Also er fordert die Auslieferung des Mädchens, weigert dem Vindicanten gegenüber die Uebernahme des Prozesses nicht und ist je nach der Wahl jenes erbötig, entweder dafür Bürgen zu geben, daß er die Virginia dem Gericht stellen werde [11]), oder auch sofort vor Appius ohne Verkürzung die Sache zu verhandeln [12]). Der Oheim entgegnet in ähnlicher

11) Die Uebersetzung der Reiske'schen Ausgabe: quod si quis eam vindicet, peto, ut is idoneos vades det sistendi eam in iudicium ist, ganz abgesehen davon, daß sie mit Livius in Widerspruch steht und überhaupt mit dem fernern Verlauf des Processes sich nicht verträgt, offenbar irrig; denn es leuchtet ein, daß der Infinitiv *καταστῆσαι* von dem voraufgehenden *βουλόμενος* abhängt, wogegen das peto, ut is in dem griechischen Text gar keinen Anhalt hat. Dem Sinn nach richtig überträgt Gelenius: quodsi quis eam sibi vindicet, idoneos eius iudicio sistendae vades dabo, ohne daß eine solche Uebertragung *καταστήσω* forderte, wie Reiske will.

12) Ist dem Dionys bis in's Kleinste zu trauen, so folgt aus dieser Rede der Clienten für die älteste Legisactionenzeit die Möglichkeit eines doppelten Wegs: entweder nämlich es entscheidet ein vom Jus getrenntes Judicium, oder der Magistrat leitet nicht

Weise, daß und warum Virginia frei sey (den Beweis davon werde der Vater führen); er erbietet sich, den formellen Theil der Legis Actio, namentlich die Vindicatio vorzunehmen (τὴν δὲ τοῦ σώματος ἀντιποίησιν, ἣν ἔδει γενέσθαι, κατὰ τοὺς νόμους, αὐτὸς ποιεῖσθαι, θεῖος ὢν τῆς κόρης, καὶ τὰ δίκαια ὑπέχειν), fordert dabei, sich auf den in den Zwölftafeln wiedergegebenen Satz des alten Rechts stützend, die vindiciae secundum libertatem und fügt, die Zeit der Verhandlung anlangend, hinzu: obgleich die Forderung, während des Kriegs den Proceß zu führen, gegen Herkommen und Billigkeit verstoße [13]), so wolle er doch darauf kein Gewicht legen, sondern nur so viel Aufschub in Anspruch nehmen, als zur Herbeirufung des Vaters erforderlich sey. Hierauf das berüchtigte Decret des Appius.

Wer, des formalen Charakters der Legisactionen eingedenk, insbesondere die Darstellung der Sacramentalhändel bei Gaius vergleicht, wird vielleicht nicht ohne Erstaunen und mit einigem Zweifel an der Glaubwür-

---

bloß ein, sondern entscheidet auch definitiv. Dennoch ist die Richtigkeit dieser Angabe sehr bedenklich: denn sie ist wahrscheinlich nur von dem Irrthum hergenommen, durch welchen der Grieche im zweiten Termin den Appius den Proceß definitiv entscheiden läßt. — Aus den Worten des Numitorius hinwiederum (c. 30.) τότε τὴν δίκην ἀξιῶν ἀπολέγεσθαι, ὅτι καὶ μαρτύρων εὐπορία καὶ φίλων καὶ δικαστῶν ἀμφοτέροις ἔσται τοῖς δικαζομένοις — würde sich schließen lassen, daß schon damals die Stellung von Einzelrichtern möglich war.

13) Diese Behauptung ist aller Wahrscheinlichkeit nach begründet. Nur kurze Zeit ist seit der Vertreibung der Könige vergangen, welche die Anführung im Krieg und die Leitung der Processe zugleich über sich hatten.

digkeit diese, auch nicht die Spur einer Formalität an sich tragenden Berichte lesen. Der genau Beobachtende wird sogar einsehen, daß bis zum Decret die processualischen Redeformen nach den Quellen selber nicht vorgenommen worden sind. M. Claudius sagt: wenn künftig Jemand vindiciren wird, so bin ich erbötig, und Numitorius thut auch nichts Anderes, als daß er seine Bereitwilligkeit zur Vindicatio erklärt, nicht aber nimmt er diese selber vor. Man fordert nur die Vindiciä; es folgt das Decret über dieselben, welches außerdem noch, dem Antrag des Numitorius gemäß, den Aufschub des Weiteren bis zur Rückkunft des Vaters ausspricht.

Dieser Anstoß verschwindet jedoch, wenn wir zuvörderst der Sitte uns erinnern, daß der Constituirung des Judicium eine Erörterung der Parteien in iure über die Art, wie das geschehen sollte, vorausging. Cicero (Oratt. partt. c. 28.) sagt: Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, quum aut, sitne actio illi, qui agit, aut iamne sit, aut num iam esse desierit, aut illam lege, hisne verbis sit actio quaeritur, und wenn es überhaupt des Beweises bedurfte, daß dieser Gebrauch, nicht erst eine Erfindung des Formularprocesses, schon zur Legisactionenzeit bestand, so würde diesen der Proceß der Virginia liefern.

Aber wie verträgt sich mit einer solchen contentio de constituendo iudicio der Beschluß über die Vindiciä? Nach der bei Gaius angegebenen Reihen-

folge der einzelnen Momente der in rem actio sacramento werden diese am Ende des Verfahrens, nach der Vindicatio und nach der Ableistung des Sacramentum geordnet; liegt nicht in ihrer Ertheilung das indirecte Zeugniß der Vollendung des Verfahrens in iure? Ich glaube das läugnen zu müssen.

In der ganzen Sache steht der erste Termin. Noch in der späteren Zeit ist es bekanntermaßen Regel, daß in diesem das Verfahren in iure nicht beendigt, sondern nur die Actio edirt und Vadimonium auf einen andern Tag gemacht wurde [14]). Zu jeder Zeit war das deßhalb zweckmäßig, weil bei der In Ius Vocatio die Klage nicht angegeben wird; für die Legisactionen war es sogar eine Nothwendigkeit; für eine jede, weil die Wortformeln, von deren genauer Beobachtung das Schicksal des Processes abhing, nicht in Jedermanns Kenntniß lagen, und speciell noch für die sacramento; denn natürlich kann nicht gefordert werden, daß eine solche (anfänglich zu deponirende) Summe Jedermann stets mit sich herumtrage; endlich für dingliche Klagen kommt noch hinzu, daß ja im ersten Termin das Streitobject noch gar nicht nothwendig zur Stelle ist. Betrachten wir den Inhalt des Vadimonium, so besteht dasselbe, wie Gaius vollkommen sachgemäß beschreibt, darin, ut promittat (sc. in ius vocatus) se certo die sisti. Nur in diesem gesicherten Versprechen besteht bei jeder Klage das Vadimonium; bei dinglichen kommt jedoch ein neues,

14) Gai. IV., 184 ff. Zimmern Geschichte des Römischen Civilproc. §. 112. Puchta Institut. II. §. 160.

von diesem verschiedenes Moment hinzu. Wo bleibt das Streitobject in der Zwischenzeit vom ersten zum zweiten, die Legis Actio verwirklichenden Termin? Für Immobilien freilich ist dabei geringere Gefahr, grössere offenbar aber bei Mobilien, und hier sind zwei Fälle zu unterscheiden: entweder sind dieselben schon im ersten Termin zur Stelle, oder nicht. Behauptet im letzten Fall der in ius vocatus den Besitz, so wird er mit jenem Vadimonium nicht ausgereicht, sondern überdieß noch haben bürgschaftlich versprechen müssen, auch die Sache zum zweiten Termin zu bringen. Ist dagegen die Sache schon im ersten Termin in iure gegenwärtig, so wird, namentlich wenn beide Theile den Zwischenbesitz ansprechen, nichts Anderes übrig bleiben, als daß der Magistrat durch ein Decret die Sache erledige, also die Vindicien einer Partei vorläufig bis zum zweiten Termin zuspreche, wo sie alsdann, gemäß der Ordnung des Sacramentalhandels, für die Dauer des Processes definitiv festgestellt werden [15]).

Mit einer solchen vorläufigen Feststellung der Vindiciä für die Zeit vom ersten zum zweiten bei des Vaters Rückkehr abzuhaltenden Termin haben wir es hier

15) Beim Freiheitsproceß kann das Resultat davon seyn, daß der in ius vocatus Vadimonium zu machen hat. Denken wir uns, Numitorius habe den M. Claudius vocirt, so waren nach dem bekannten Princip die vindiciae secundum libert. zu ertheilen, jener also diesem das virginem iudicio sisti zu versprechen. Für die Fortsetzung des Processes ist nun aber natürlich nur der Vocatus interessirt; er daher wird auch das Vadimonium fordern.

zu thun. Der Assertor Servitutis erhält zwar durch Appius Claudius, dafür aber soll er Bürgen geben, sistendam (eam) in adventum eius, qui pater dicatur (Liv.), oder, wie Dionys noch genauer sagt: τὸν κύριον ἀπαγαγεῖν ἐγγυητὰς ἀξιοχρέως δόντα, ἀποκαταστήσειν ἐπὶ τὴν ἀρχὴν ὅταν ὁ πατὴρ αὐτῆς παραγένηται, also das Mädchen zum zweiten Termin in iure zu stellen. — Daß die Bedingung nicht die praedes litis et vindiciarum der l. a. sacramento sind, zeigt die Verschiedenheit des Inhalts ganz unwidersprechlich; denn diese letzteren werden, wie Jedermann weiß, „für den Ausgang des Hauptprocesses und für die Vortheile der zu seinen Gunsten ausgefallenen Vindicien [16]“, oder mit andern Worten „wegen der Restitution der Sache (lis) und der mit dem Besitz zusammenhängenden Nutzungen (vindiciae) [17]“ gestellt. Hier dagegen soll M. Claudius versprechen, in iure das Streitobject zu stellen. Wozu aber sollte das dienen, wäre die legis actio schon vorgenommen? denn nach vollendeter legis actio hat der Magistrat mit dem Handel nichts mehr zu thun. Und was konnte überhaupt die Ankunft des Vaters in der Bestimmung der Vindicien verändern, wenn nicht die Möglichkeit offen stände, daß er selber in eigener Person noch die legis actio vornehme (diese also noch nicht erfolgt ist). Ja endlich bezeugt Livius die Vorläufigkeit des Decrets selber mit einem ausdrücklichen Wort: Placere itaque patrem arcessi, interea iuris

16) Worte Zimmern's a. a. O. S. 112.
17) Worte Puchta's a. a. O. II. S. 92.

sui iacturam adsertorem non facere, quin ducat puellam sistendamque in adventum eius, qui pater dicatur, promittat.

Nur um diese vorläufigen Vindiciä zu erlangen, hat Numitorius den Rechtshandel erhoben; Virginia darf auch nicht auf einen Tag den lüsternen Händen überliefert werden. Der Plan des Appius dagegen geht lediglich auf diese Zwischenzeit vom ersten zum zweiten Termin, weßhalb er auch gern bereit ist, diesen letzteren nach Numitorius' Wunsch auf die unbestimmte Zeit der Rückkehr des Virginius aus dem Krieg zu stellen. Beim zweiten Termin selber unterläßt dann vielleicht der Client, um das Sacramentum nicht zu wagen, die Vindicatio ganz und gar, giebt die Tochter sofort zurück, eine verbrauchte Waare.

Die Schriftsteller des Alterthums, welche dieses Decrets gedenken, nicht bloß Livius und Dionys, sondern auch Cicero[18]) u. A., stimmen darin überein, daß in der Ertheilung der vindiciae secundum servitutem eine Ungerechtigkeit, eine Verletzung des Zwölftafelgesetzes lag. Nichts ist weniger stichhaltig, als der dem Decret hinzugefügte, bei Livius prägnant ausgedrückte Scheingrund: In his enim, quae adserantur in libertatem, quia quivis lege agere possit, id iuris esse: in ea quae in patris manu sit, neminem esse alium, cui dominus possessione cedat. Denn der libertatis

18) de republ. III., 32. Quid? quum decemviri Romae sine provocatione fuerunt, tertio illo anno, quum vindicias amisisset ipsa libertas? L. Populi nulla res erat etc.

adsertor hat zu seinem Fundament lediglich die Freiheit des Angesprochenen, welche durch die patria potestas so wenig verändert wird, daß sogar die Civität mit ihr verknüpft bleibt: allgemein anerkannte Sätze, deren Beweis hier nicht zu wiederholen ist [19], und welche die ganze Darstellung bei Livius und Dionys voraussetzt. Nach Appius dagegen verwandelt sich der Streit um die Freiheit in einen Conflict zweier Gewalten, der patria potestas nämlich mit der dominica, was, wie gesagt, nur dann richtig seyn könnte, wenn durch die erstere die libertas consumirt würde, eine so [illegible] Unwahrheit, daß nicht einmal Appius sie direct auszusprechen wagte, denn er würde dann überhaupt den Numitorius als zum Proceß nicht berechtigt zurückgewiesen haben, es hätte nicht von vindiciae secundum libertatem, sondern nur secundum patriam potestatem die Rede seyn müssen [20].

---

19) Schröter, die Abhängigkeit der alieno iuri subiecti in der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß. Bd. XIV, besonders S. 146., 160. — Während das Wesen der Sklaverei in der absoluten Unterwerfung liegt, ist die patria potestas lediglich als eine zeitweilige Beschränkung der libertas und der Civität zu fassen, welche zwar, wie Schröter richtig zeigt, ursprünglich die Functionen der dominica potestas alle in sich enthielt, aber doch wieder in ihrer Ausführung da beschränkt ist, wo der Staat auf das Hauskind, als seinen Bürger, Anspruch macht. — Die Sklaverei ist Eigenschaft der ihr Unterworfenen, von jedem Herrn abgesehn; die patria potestas dagegen erscheint als Recht der Herrschenden, löst sich, sobald dieses verschwindet.

20) Der allmächtige Geist des Widerspruchs hat auch dem Appius in der neueren Zeit einen Vertheidiger zugeführt. Christiansen (die Wissenschaft der Römischen Rechtsgeschichte S. 232)

Hätte sich Appius im formellen Recht befunden, so würde sein Decret die Indignation der Masse nicht erregt haben; auch war er der Mann nicht, der sich in diesem Proceß, wo er das Unrecht nicht scheute, auch nur um eines Fingers Breite seines Rechts begeben hätte; die Nachgiebigkeit, welche er dennoch zeigt, ist ein moralischer Beweis für das böse Gewissen. Doch auch hier noch nimmt er, ohne sein Unrecht zuzugestehn, den Schein des Nachlassens vom guten Recht, er erklärt, und in dieser Erklärung stimmen abermals Livius (c. 46.) und Dionys (c. 32.) überein[21]), er werde am heutigen Tag nicht weiter vorschreiten, aber auch das erlassene Decret nicht ändern (ius eo die se non dicturum neque decretum interpositurum), dagegen den Clienten dahin bestimmen, daß dieser von seinem durch das Decret begründeten Recht als persönliche Gunst etwas nachlasse (a M. Claudio petiturum, ut decederet iure suo); dieses Nachlassen soll darin bestehen: vindicarique puellam in posterum diem pateretur. Aber auch nur bis auf den folgenden Tag (daß dieses der Sinn von in posterum diem sey, bestätigt noch Dio-

---

findet das Decret ganz in der Ordnung, was er freilich nur konnte (dann aber auch mußte), nachdem er dominica und patria potestas in ziemlich unklarer Weise und mit Verachtung der Quellen zu etwas Identischem in dem einen Begriff der manus zusammengeworfen hatte. — Mit Grund ist schon Burchardi entgegengetreten (Lehrbuch des Römischen Rechts II. S. 288.).

21) Soll vollkommene Uebereinstimmung mit Livius herauskommen, so würde man in dem Satz: Ἐγὼ τὸ μὲν ἀκριβὲς — περὶ τῆς διεγγυήσεως τοῦ σώματος — παρίημι vor dem letzten Wort die Negation einschieben müssen.

nys: *καὶ τὴν ἐγγύην ὁμολογεῖτε περὶ αὐτῆς εἰς τὴν αὔριον ἡμέραν*) soll sich der Client hierzu verpflichten; trifft an diesem der Vater nicht ein so macht jener hinwiederum von seinem Recht aus dem Decret Gebrauch (Quod nisi pater postero die adfuisset, denunciare se Icilio similibusque Icilii neque legi suae latorem, neque decemviro constantiam defore). — Welcher Sinn liegt nun in dem pati vindicari in posterum diem? Etwa die Vindicatio in der Bedeutung der dinglichen Klage vornehmen bis morgen? Unmöglich! denn was wäre eine solche für einen einzigen Tag? und dann sagt ja Appius ausdrücklich: ius eo die se non dicturum, und doch kann die Legis Actio ohne das Dicere des Magistrats nicht von statten gehen; endlich — und das ist noch ein Hauptgrund — ertheilt er (nach Liv. c. 47.) am andern Tag die Vindiciä noch einmal, was gar keinen Sinn hätte, wäre schon an diesem die Legis Actio vorgenommen worden. Was Livius vindicare nennt, bezeichnet Dionys durch *ἐᾶσαι μὲν τοῖς συγγενέσι τῆς παρθένου δοῦναι διεγγύσιν*, d. h. die Jungfrau ihren Verwandten gegen Bürgschaft überlassen (nämlich, wie aus dem Folgenden hervorgeht, bis auf den nächsten Tag); vindicare kann daher nichts Anderes bedeuten, als in die Gewalt nehmen, keineswegs eine so auffällige Bedeutung, wenn man an die nicht wegzuläugnende [22]) Verwandtschaft mit vindiciae, worun-

---

22) Der Ableitung des Worts vindiciae von vim dicere scheint die Kürze des mittelsten i entgegenzustehen, der unmittelbaren von vindicare die Endung iae; allein die Schwierigkeit ver-

ter Gaius geradezu Besitz versteht, und daran denkt, daß die Bedeutung von dinglicher Klage, allerdings die einzige juristische der späteren Zeit, doch nur von einem charakteristischen Theil der processualischen Handlungen, dem „persönlich Macht über die Sache ausüben" hergenommen ist, sowie der sehr wahrscheinlichen Ableitung des Worts von vim dicere sich erinnert. Also: dem M. Claudius sind die Vindiciä der Zwischenzeit nach wie vor zugesprochen; allein er überläßt aus eigener Bereitwilligkeit dem Numitorius auf einen Tag den Besitz; dafür hat der Letztere Bürgschaft zu stellen, daß er nächsten Morgens die Jungfrau (und zwar, wie der weitere Verlauf ergiebt, in iure) stellen werde; ist dann der Vater zur Stelle, so erfolgt der zweite Termin, in welchem offenbar nach des Oheims Plan der Vater selber als Vindicant auftritt (Numitorius aber sich zurückzieht) und die definitiven Vindiciä nach Appius' eigenem Ausspruch erhält; erscheint dagegen der Vater nicht, und Appius hoffte sein Nichterscheinen erzwingen zu können, so bleibt es beim ersten Decret, mithin übt so M. Claudius die Zwischenvindicien vollkommen aus, Appius aber hat seinen schändlichen Plan erreicht.

Daß der Client dem Antrage seines Patrons, auf einen Tag mild zu seyn, sich fügte, versteht sich von selbst — das liegt in den Livianischen Worten: Quum instaret adsertor puellae, ut vindicaret sponsoresque daret —, ebenso, daß von der andern Seite das An-

schwindet, sobald man in vindex, vindicis den Namen für vindiciae und vindicare zugleich erkennt.

erbieten angenommen wurde; die Ausführung wird durch die Worte bezeugt: Ita vindicatur Virginia, spondentibus propinquis[23]), was also nicht den Sinn hat, den man nicht selten unterlegt: die Formalitäten der Vindicatio als Legis Actio werden vorgenommen, die Verwandten erscheinen als praedes litis et vindiciarum, sondern: Icilius nimmt die Virginia in seine factische Gewalt, die Verwandten (von denen bis dahin freilich nur eines einzigen, des Numitorius, gedacht worden ist) verbürgen sich dafür, daß jene am andern Tage werde vor den Magistrat gebracht werden.

Appius sieht sich in allen seinen Berechnungen getäuscht, Virginius erscheint am anderen Tage. Also steht der zweite Termin, in welchen die Legis Actio fällt, und die Vindiciä definitiv zu reguliren sind[24]), nach seinem eignen Ausspruch von gestern muß er sie dem Vater geben; allein von nun an geht Alles tumultuarisch zu: er giebt sie dennoch secundum servitutem mit Verletzung des von ihm selber hingestellten Rechtssatzes[25]). Livius,

23) Die vorhergehenden Worte des Icilius: Gratum est, crastina die vestra opera utar; sponsorum nunc satis est, scheinen nach dem Charakter des Icilius auf mögliche Gewalt am folgenden Tag gedeutet werden zu müssen.

24) So kann die Sache verhandelt worden seyn; allein es ist auch möglich, daß, da Icilius (oder Numitorius) seine Klage fallen ließ und der Vater nun als Vindicant auftritt, dieser Termin wiederum als der erste vorläufige betrachtet wurde und die Vindiciä wieder nur vorläufig zu reguliren waren.

25) Die Darstellung des zweiten Termins bei Dionys ist offenbar irrig; der Grieche hat den Zusammenhang nicht mehr verstanden, wenn er in Widerspruch mit Livius (nicht bloß hier, sondern auch c. 56. 57. wo die Klage des Tribunen genau auf die

kurz die Sache zusammenfassend, drückt sich so aus: Quem decreto sermonem praetenderit, forsan aliquem verum auctores antiqui tradiderint. quia nusquam ullum in tanta foeditate decreti verisimilem invenio, id quod constat nudum videtur proponendum, decresse vindicias secundum servitutem. Wahrscheinlich ist einer der verschiedenen von den Quellen referirten Entscheidungsgründe der, auf welchen hin Dionys seine angebliche Definitivsentenz abgeben läßt, nämlich daß der Decemvir auf seine eigene Wissenschaft, wie Virginia die Sklavin des M. Claudius sey, sich berief.

Der Hohn, der Wahnsinn, welcher in diesem Decret lag, bringen die blutige Katastrophe des Processes.

---

ab libertate in servitutem ertheilten Vindiciä gerichtet ist), so wie mit Cicero (vgl. Ascon. ad Corn.) und Pomponius (l. 2. §. 24. de O. I.), die in den falsch ertheilten Vindiciä das ganze Unrecht sehen, den Appius eine Definitivsentenz des Inhalts abgeben läßt, es sey die Virginia die Sklavin des M. Claudius (cap. 36.: καὶ κρίνω εἶναι τοῦτον τῆς παιδίσκης κύριον). Niebuhr II. p. 379.

IV.

Interpretationen aus den Schriften der Justinianeischen Juristen. [1])

Von

Herrn D. Zachariä von Lingenthal.

1. Von der Pronuntiatio.

Vorbemerkung. Der folgende Aufsatz ist geschrieben worden vor dem Erscheinen von Wetzell's Monographie über den Römischen Vindications-Proceß (1845). Obgleich nun derselbe mit mehreren Stellen dieser Schrift, besonders S. 107—128., 178 ff., zusammentrifft, so hat der Verf. dennoch Bedenken getragen, seine Arbeit danach umzuformen, da deren ursprüngliche unabhängige Gestalt gerade durch den Vergleich mit Wetzell's Ausführungen Interesse gewinnt.

Pronuntiatio bedeutet im Allgemeinen ein Verkündigen, ein öffentliches Aussagen: die Glossae nomicae übersetzen ganz richtig *προφορά*. Pronuntiare, pronuntiatio hat aber in der Sprache des Römischen Rechts auch noch besondere Bedeutungen. Unter andern ist diejenige technische

1) Die folgenden Aufsätze, von denen einige nur auf jüngst erst gedruckte Bruchstücke Justinianeischer Juristen aufmerksam sollen, bilden die Fortsetzung der Bd. XII. S. 258 ff. abgedruckten Abh. über die Prohibitoria actio.

Bedeutung merkwürdig, in welcher jene Ausdrücke bei obrigkeitlichen und richterlichen Verfügungen und Entscheidungen vorkommen; die Glossae nomicae übersetzen hier pronuntiatio mit *διαλαλιά* und *ἀπόφασις*. (Vgl. auch das Scholium des Anonymus, d. h. des Antecessors Julianus l. 13. §. 6. D. de his qui notantur in Basil. Heimbach. II. p. 446.) Abgesehen von Straferkenntnissen und Verfügungen der Magistrate in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, werden sie namentlich auch zur Zeit des ordo judiciorum privatorum gebraucht für Entscheidungen des judex oder der recuperatores: und von der pronuntiatio in diesem technischen Sinne soll hier gehandelt werden.

Nach Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts Bd. III. S. 415. soll eine jede richterliche Verfügung, weil sie stets mündlich ausgesprochen werden mußte, eine pronuntiatio gewesen seyn, und auch die sententia, obwohl sie üblicher Weise vorher aufgezeichnet wurde, soll doch pronuntiirt worden seyn[2]). Allein betrachtet man die Quellen näher, — in denen z. B. der Ausdruck: sententia pronuntiatur nirgends vorkommt, — so erscheint es zweifelhaft, ob pronuntiare von allen Ver-

2) Vergl. auch Puchta Institutionen Bd. II. S. 187. und Asverus die Denunciation S. 7. Wenn es wahr wäre, daß das Wort nuntiare und seine Composita im engeren Sinne regelmäßig auf ein förmliches Verkündigen (vor Zeugen) zu beziehen seyen, so könnte man bei den hier in Frage stehenden pronuntiationes an Verkündigungen vor den Zeugen denken, welche bei den Verhandlungen in judicio stets zugezogen worden seyn sollen. (Asverus a. a. O. S. 2 ff. und S. 35 ff.) Die Prüfung dieser Hypothesen kann jedoch hier füglich dahingestellt bleiben.

fügungen und Erkenntnissen des judex gebraucht worden ist, und ob nicht vielmehr dieser Ausdruck, von Entscheidungen des judex oder der recuperatores gebraucht, eine engere Bedeutung habe.

Zuvörderst nämlich möchte so viel unbestreitbar seyn, daß bloß proceßleitende Decrete, wenn dieser neuere Begriff und Ausdruck hier angewendet werden darf, nicht „pronuntiirt", nicht pronuntiationes genannt worden sind. Decrete dieser Art machen einen Theil der cognitio aus, sie gehören zu dem agere causam, und diesem wird das pronuntiare als etwas Verschiedenes gegenübergestellt. Am bestimmtesten geschieht dieß in

> l. 74. pr. D. de judiciis: „De qua re cognoverit judex, pronuntiare quoque cogendus erit."

Derselbe Gegensatz findet sich aber auch noch in l. 71. 73. pr. D. eodem.

Also die pronuntiatio ist niemals ein proceßleitendes Decret: sie ist vielmehr immer eine endliche Entscheidung, welche der Richter nach Anhörung beider Parteien oder bei fortwährendem Ungehorsam der einen Partei giebt. Das pronuntiare ist ein statuere, wie es in l. 46. pr. D. de V. S. heißt:

> „pronuntiatum et statutum idem potest: promiscue enim et pronuntiasse et statuisse solemus dicere eos, qui jus habent cognoscendi."

— Die pronuntiatio ist eine sententia, wie deutlich hervorgeht aus

> l. 26. D. de re judicata: „Si convenerit inter litigatores, quid pronuntietur, non ab

re erit, judicem huiusmodi sententiam proferre."

Eine andere Frage ist, ob die Römer eine jede sententia des Richters pronuntiatio genannt haben, oder nicht. Was diese Frage betrifft, so scheint zwar allerdings in l. 71. 73. pr. 74. pr. D. de judiciis, und ebenso auch noch in anderen Stellen, z. B. in l. 1. D. de re judicata, in l. 1. pr. D. quae sententiae sine appellatione, der Ausdruck pronuntiare ganz allgemein von der Fällung eines Enderkenntnisses verstanden werden zu müssen: allein regelmäßig hat pronuntiatio eine engere Bedeutung, kraft deren sie einen Gegensatz zu der condemnatio bildet. Einigermaßen erhellt dieser Gegensatz schon aus

> l. 59. §. 2. D. de re judicata: „Qui sortis quidem condemnationem faciunt, de usuris autem ita pronuntiant, usurae si quae competunt vel quae competunt ut praestentur, non recte pronuntiant, debent enim de usuris quoque cognoscere, et certam facere condemnationem."

Noch entschiedener tritt dieß hervor bei Betrachtung der einzelnen Fälle, in welchen das Enderkenntniß durch pronuntiatio oder pronuntiare bezeichnet wird: hier ist es überall ein Enderkenntniß ohne condemnatio, durch welches die Existenz eines nicht aus einer Obligation entspringenden oder dem Kläger ohne Beziehung auf eine bestimmte Person gebührenden Rechts anerkannt wird.

Zur Zeit des ordo judiciorum privatorum gab es formulae, die eine condemnatio enthielten, und solche, bei denen dieß nicht der Fall war. Formulae der letzteren Art waren die praejudiciales formulae (Gaj. IV, 44.). Wenn es wahr ist, daß die pronuntiatio ein Urtheil von der angegebenen Art bedeutet, so muß die richterliche Entscheidung bei diesen formulae den Namen pronuntiatio geführt haben. Dieß ist nun in der That auch der Fall. So heißt es z. B.

> l. 8. §. 1. D. de in jus vocando: „— si quis praejudicio pronuntietur esse libertus —";

so wird in unzähligen anderen Stellen [3]) gesagt, daß einer als servus, libertus, liber, ingenuus, oder als filius u. dgl. pronuntiirt worden sey. Danach ist wenigstens das unzweifelhaft, daß pronuntiare für das Definitiverkenntniß bei Präjudicialklagen, durch welches ein gewisser status anerkannt oder declarirt wird, der technische Ausdruck ist.

Was die formulae, welche eine Condemnation enthielten, betrifft, so war bei diesen zur Zeit des ordo judicorum privatorum die condemnatio immer „ad

3) Vgl. l. 10. D. de his qui sui, l. 8. §. 1. D. quod metus causa, l. 24. D. de dolo malo, l. 7. §. 1. D. de hered. petitione, l. 58. 67. D. de condictione indeb., l. 8. §. 5. D. mandati, l. 1. §. 16. l. 3. pr. l. 5. §. 9. D. de agnosc. et alend. liberis, l. 11. D. de admin. et peric. tutorum, l. 23. 24. D. de manumissionibus, l. 58. D. de manum. testamento, l. 19. D. qui et a quibus, l. 27. §. 1. l. 29. §. 1. D. de liberali causa, l. 1. D. si ingenuus, l. 3. 4. D. de collus. detegenda. — Vgl. auch Sueton. Vespas. c. 3. Petron. c. 80.

pecuniariam aestimationem concepta" (Gaj. IV, 48.). Allein bekanntlich [4]) war hier noch ein Unterschied zwischen den arbitrariae actiones, und denen, welche nicht arbitrariae waren, je nachdem die condemnatio erst dann erfolgt,

„nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat,"

oder aber sofort ausgesprochen wurde; bei den arbitrariae actiones ging also der condemnatio noch ein sog. arbitrium de re restituenda vel exhibenda voraus, welches gleichwohl der Sache nach schon ein Endurtheil war. Bei den actiones, welche nicht arbitrariae sind, wird nun pronuntiare von dem richterlichen Urtheile regelmäßig nicht gebraucht, sondern entweder finden sich die ganz allgemeinen Ausdrücke sententiam dicere, proferre u. s. w., oder es ist von einem condemnare, absolvere die Rede. Bei den arbitrariae actiones dagegen wird zwar auch die endliche condemnatio oder absolutio regelmäßig nicht pronuntiatio genannt: wohl aber kommt in gewissen Fällen pronuntiare zur Bezeichnung für das der condemnatio vorhergehende Enderkenntniß vor. Das letztere besteht nämlich zuweilen bloß in einem Befehle des Richters an den Beklagten, zu restituiren oder zu exhibiren: zuweilen enthält es zuvor noch den Ausspruch, daß dem Kläger das Recht zustehe, worauf er seine Klage ge-

4) Vgl. §. 31. J. de actionibus. — v. Savigny, System Bd. V. S. 119 ff. Puchta Institutionen Bd. II. S. 125 f.

gründet hat. Jenes ist der Fall z. B. bei den persönlichen Klagen, welche arbitrariae sind: dieses z. B. bei der Klage, die im neueren Rechte rei vindicatio heißt [5]). In dem ersteren Falle nun wird das sog. arbitrium de re restituenda vel exhibenda nicht durch pronuntiatio oder pronuntiare bezeichnet: es ist bald von einem arbitrari, bald von einem decernere, bald von einem jubere die Rede [6]). In dem letzteren Falle dagegen kommt für das der condemnatio vorhergehende Erkenntniß, welches außer dem Befehl zu restituiren noch eine Anerkennung des von dem Kläger behaupteten Rechts enthält, sehr häufig der Ausdruck pronuntiare vor. So z. B. kommt dieser Ausdruck vor bei der rei vindicatio in folgenden Stellen:

> l. 40. §. 2. D. de procuratoribus: „— rem meam esse pronuntietur —"
>
> l. 31. D. de pignoribus: „— pronuntiatum esset, fundum secundum legem domini esse, —"
>
> l. 6. §. 2. D. de confessis: „— si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset. —"

und in l. 3. §. 3. D. de rebus eorum qui sub tutela und l. 30. §. 1. D. de exc. rei judicatae: — ferner bei der confessoria actio in

---

5) In l. 35. §. 1. D. de rei vindicatione wird es ausgedrückt durch „sententia declarare rem actoris esse". Vgl. auch l. 8. §. 4. D. si servit. vind.

6) Vgl. z. B. l. 14. §. 5. l. 23. §. 2. 3. D. quod metus causa, l. 12. §. 5. D. ad exhibendum, l. 13. §. 9. D. de acq. possess.

l. 35. D. de act. empti: „— de jure servitutis in rem actione pronuntiatum —"

und in l. 8. §. 4. D. si servitus vindicetur: — endlich bei der hereditatis petitio in l. 50. §. 1. D. de legatis I, l. 2. D. de his quae ut indignis, l. 12. §. 3. D. de bonis libertorum, l. 47. §. 1. D. de manumiss. testamento, l. 5. §. 1. D. de re judicata, l. 122. §. 6. D. de verbor. obligationibus, l. 14. §. 1. D. de appellationibus und namentlich in

l. 15. D. de except. rei jud.: „— meam esse hereditatem pronuntiatum sit —" 7).

Was endlich die Interdicte betrifft, so muß es wegen der mannichfaltigen Interpretationen und Verstümmelungen, welche die ganze alte Lehre von den Interdicten in Justinian's Digesten erfahren hat, unentschieden gelassen werden, ob auch bei ihnen der Ausdruck pronuntiare und pronuntiatio in einem ähnlichen technischen Sinne von den alten Juristen gebraucht worden war. Es möge hier nur bemerkt werden, daß in Beziehung auf das interdictum quorum bonorum jene Ausdrücke in keiner Stelle sich finden, dagegen in Beziehung auf das interdictum uti possidetis als exitus controversiae possessionis in l. 35. D. de acquir. vel amitt. possessione bezeichnet wird:

„— ut prius pronuntiet judex, uter possideat —".

7) Auch bei der querela inofficiosi ist in demselben Sinne von einem pronuntiare die Rede: vgl. l. 8. §. 14. 16. l. 10. 22. §. 1. l. 26. 29. pr. D. de inofficioso und l. 5. §. 1. D. de appellationibus.

Folgt nun aus dem Bisherigen das schon oben angegebene Resultat, daß pronuntiatio im engeren Sinne ein Endurtheil ohne condemnatio bedeutet, durch welches das Vorhandenseyn eines dem Kläger nicht aus einer *Obligation* oder nicht allein in Beziehung auf den bestimmten Beklagten zustehenden Rechts declarirt wird, so entsteht die Frage, wie diese besondere Bedeutung mit dem Ausdruck pronuntiare sprachlich verknüpft werden könnte. Man ist zunächst versucht, das p r o n u n-tiare in den angegebenen Fällen für identisch mit p r a e-nuntiare zu halten, weil in denselben die pronuntiatio der Vorläufer eines anderen Rechtsstreites oder doch einer weiteren Sentenz, der condemnatio [8]), in dem obwaltenden Rechtsstreite ist. Allein dann müßte das sog. arbitrium de re restituenda vel exhibenda bei *allen* arbitrariae actiones, wie auch bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten, pronuntiatio genannt worden seyn, und da dieses in Wirklichkeit nicht der Fall ist, so bedarf es einer anderen Herleitung des engeren Begriffs dieses Wortes. Wahrscheinlich hat das declarare per sententiam, welches die pronuntiatio vorzugsweise bezeichnet, zur Wahl gerade dieses Ausdrucks geführt. Denn es ist bekannt, daß von den nicht juristischen Schriftstellern pronuntiare regelmäßig von einem besonders wichtigen oder ernstlichen

---

8) Absichtlich sage ich nicht auch: der absolutio. Denn wo die pronuntiatio gegen den Kläger ausfiel, war ihr wohl stets die absolutio unmittelbar hinzugefügt, oder es erfolgte die absolutio ganz einfach ohne ein pronuntiare.

oder feierlichen Aussprechen und Erklären gebraucht wird: aus dem juristischen Standpunkte aber ist ein Ausspruch oder eine Erklärung dieser Art besonders die, welche von dem Richter gethan wird oder ausgeht.

Das Ergebniß der vorstehenden Untersuchung über die technische Bedeutung des Wortes pronuntiatio hat insofern einigen Werth, als dadurch viele Stellen, in denen dieser Ausdruck vorkommt, einen bestimmteren, präciseren Sinn erhalten. Ferner ist es bei dem Streite zu beachten, der über die Natur des Pfandrechts [9]), des interdictum quorum bonorum und uti possidetis [10]) geführt wird. Im Uebrigen aber könnte es schei-

---

9) Warum bei der hypothecaria actio eine pronuntiatio nicht vorkommt, obwohl sie, wenn das Pfandrecht ein jus in re ist, erwartet werden könnte, hat Keller Litiscontest. u. Urtheil S. 217. Anm. 7. zu erklären gesucht. Aber ob diese Erklärung genügend ist, steht dahin.

10) Hier scheint z. B. das pronuntiare für die Meinung derer zu sprechen, welche das interdictum uti possidetis lediglich auf die controversia possessionis beziehen wollen. Dieß scheint, beiläufig gesagt, auch der Antecessor Stephanus zu thun, welcher in einem Scholium zu Basil lib. XV. tit. 1. cap. 9. oder l. 9. D. de rei vindicatione sagt: ὃ θέλει εἰπεῖν, τουτό ἐστιν, ὅτι τινὲς κατὰ μόνου τοῦ κυρίως ἔχοντος νομὴν οὐ μὴν φυσικὴν κατάσχεσιν εἰρήκασι κινεῖσθαι τὴν σπεκιαλίαν ἰν ῥέμ. νομὴ δέ ἐστι κυρίως ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή. οἶδας δέ, ὅτι ταῦτα τὰ ἰντέρδικτα παρέχονται, ἔνθα δύο τινὲς περὶ δεσποτείας μάχονται πράγματος καὶ ἕκαστος αὐτῶν δεσπότην τε καὶ νομέα φησὶν ἑαυτόν. ἀλλὰ τὸ μὲν οὔτι ποσσιδέτις ἰντέρδικτον χώραν ἔχει ἐπὶ ἀκινήτων πραγμάτων, τὸ δὲ οὔτρουβι ἐπὶ κινητῶν· ἡνίκα δὲ τῷ περὶ δεσποτείας ἀγῶνι καὶ νομῆς συμπλέκεται λόγος, πρότερον ἐξετάζεσθαι δεῖ τὸ περὶ νομῆς, καὶ οὕτω παρὰ τῷ αὐτῷ δικαστῇ τὰ περὶ τῆς δεσποτείας ζητεῖσθαι, ὡς ἀνήνεκται βι. γ'

nen, als ob die pronuntiatio keine eigenthümliche Bedeutung oder Wirkung, sondern nur die eines jeden sg. arbitrium de re restituenda vel exhibenda (z. B. daß der Kläger gegen den ungehorsamen Beklagten in litem schwören konnte) gehabt habe: wodurch dann freilich das gewonnene Resultat wieder zweifelhaft werden würde, indem die Römer für juristisch unwichtige Begriffe niemals besondere technische Ausdrücke gebildet haben.

In der That aber hat die pronuntiatio eine eigenthümliche Bedeutung.

Zuvörderst ist bei den Klagen, bei welchen eine pronuntiatio vor dem Endurtheile vorkommt, ein solches der Condemnation vorhergehende Erkenntniß über das von dem Kläger behauptete dingliche Recht schlechterdings nothwendig. Bei den anderen arbitrariae actiones kann unter Umständen (si manifestum sit, restitui non posse) mit Umgehung des sog. arbitrium de

---

τοῦ κώδ. ὑπὸ τὸν λβ′ τοῦ βι. τίτλον ἐν τῇ γ′ διατάξει. συνᾴδει δὲ ταύτῃ τὸ εἰρημένον ἐν τῷ α′ τί. τοῦ αὐτοῦ βι. διατ. ι′. (Quod dicere vult, hoc est, nonnullos dixisse, specialem in rem actionem adversus eum solum intendi, qui proprie possessionem, non autem adversus eum, qui naturalem detentionem habeat. Possessio autem proprie est detentio animo domini. Scis autem haec interdicta locum habere, ubi duo de proprietate rei litigant et uterque se et dominum et possessorem dicit. Et Uti possidetis quidem interdictum locum habet in rebus immobilibus, Utrubi autem in mobilibus. Nimirum quando certamini de proprietate etiam de possessione controversia juncta est, primum possessio examinanda est, et tunc apud eundem judicem de proprietate quaerendum, ut relatum est lib. III. Cod. tit. 32. const. 13. Huic concinit, quod dictum est libro eodem tit. 1. const. 10.).

re restituenda auch unmittelbar eine Condemnation erfolgen; vgl. l. 18. §. 1. D. de dolo malo. Bei jenen Klagen aber muß auch unter diesen Umständen die pronuntiatio erfolgen, weil sie für den Kläger als Grundlage einer etwa künftig von demselben vorzuschützenden exceptio rei judicatae von Wichtigkeit ist [11]). Merkwürdiger Weise werden in dem bekannten §. 31. J. de actionibus gerade diejenigen arbitrariae actiones nicht erwähnt, bei denen, wie gesagt, ihrer Natur nach eine bloße condemnatio niemals genügen kann, bei denen sich also die Fällung eines Urtheils vor der condemnatio gewissermaßen von selbst versteht: umgekehrt scheinen diejenigen arbitrariae actiones, bei denen dieß nicht eben so der Fall ist, vollständig aufgezählt zu seyn [12]). Ja vielleicht sind es bloß diese actiones, welchen der Name arbitrariae technisch zukommt, während jenen dieser Name eigentlich gar nicht beigelegt werden darf: so daß also die Aufzählung der arbitrariae actiones in der Institutionenstelle überhaupt vollständig wäre.

Eine andere eigenthümliche Bedeutung der pronuntiatio besteht in Folgendem. Die condemnatio kann ihrer Natur und dem Wortlaute nach immer nur eine

---

11) Vergl. Keller über Litis Contestation und Urtheil. S. 212 ff.

12) Anders erklärt die Wahl der Beispiele einer arbitraria actio in der Institutionenstelle v. Savigny, System Bd. V. S. 130 f., jedoch scheint er einige Klagen mit Unrecht zu den arbitrariae actiones zu zählen. S. Puchta Institutionen Bd. II. S. 127. Anm. u.

Obligation zwischen dem siegenden Kläger und dem besiegten Beklagten zur Folge haben: nach dem Grundsatze „obligatio tertio non contrahitur“ kann die Condemnation auf Dritte keine Wirkung äußern. Dasselbe ist der Fall bei dem sog. arbitrium de re restituenda, wo es lediglich in einem Befehl an den Beklagten besteht, daß er restituiren solle. Anders aber verhält es sich mit der pronuntiatio. Diese ist bei den Präjudicien und den anderen Klagen, bei welchen sie vorkommt, stets in rem gefaßt. Dem Wortlaute und ihrer Natur nach [13]) kann sie daher eine weiter reichende Wirkung haben, und in der That finden wir auch, daß hier der Satz „res judicata jus facit inter partes“ nicht in seiner vollen Strenge festgehalten, oder aber in eigenthümlicher Bedeutung genommen worden ist. Bekannt ist, welche eingreifende Wirkung die pronuntiatio bei Präjudicialklagen hat: man hat sogar als Regel aufstellen wollen, daß sie jus inter omnes mache [14]). Offenbar liegt der Grund hiervon nicht in der eigenthümlichen Natur der Präjudicialklagen, sondern in der der pronuntiatio. Eben darum müssen ähnliche Grundsätze gelten, wo eine pronuntiatio bei anderen Klagen vorkommt. Und so erscheint denn als Folgerung aus einem allgemeineren Principe, was man bisher als ein-

13) Vgl. Keller a. a. O. Doch muß, was Keller hier und weiterhin für die in rem actiones überhaupt zu beweisen sucht, auf diejenigen beschränkt werden, bei welchen eine Pronuntiatio vorkommt, gilt also z. B. nicht von der Publicana oder Serviana actio.

14) Keller a. a. O. S. 292 ff.

zelne Besonderheiten betrachtet hat, daß nämlich die pronuntiatio, wenn der Intestaterbe gegen den im Testamente eingesetzten Erben mit der hereditatis petitio oder querela inofficiosi klagt und für ihn pronuntiirt wird, auch gegenüber den Vermächtnißnehmern und den im Testamente freigelassenen Sklaven [15]), oder wenn ein theilweiser Eigenthümer eines Grundstückes für dieses eine Prädialservitut vindicirt und siegt, auch für seine Miteigenthümer gilt [16]).

In der rescribirten Konstantinopolitaner Basiliken-Handschrift, welche ich jüngst als Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae herausgegeben habe, finden sich zu lib. XV. tit. 1. mehrere Scholien, in denen der pronuntiatio gedacht wird. Diese — sämmtlich, wie es scheint, aus der Digestenbearbeitung des Antecessor Stephanus entnommen, — mögen hier um so mehr vollständig mitgetheilt werden, als sie nicht nur die Veranlassung zu den vorstehenden Bemerkungen gegeben haben, sondern auch noch zu anderen Betrachtungen Gelegenheit bieten. Es sind folgende:

1. Schol. ad Basil. XV, 1, 13 = Dig. VI, 1. 13.
P. 8 sq. meiner Ausgabe.

στεφάνου. τοῦτο νόησον εἰ μὴ ἄρα ἀπὸ μόραν (?) *ἢ ἐξ ἄλλης αἰτίας*	Stephani. Hoc intellige, nisi forte .... vel ex alia causa praeter

15) Keller a. a. O. S. 382 ff.
16) S. l. 4. §. 3. D. si servitus vind. Keller S. 409.

δίχα δόλου καὶ κούλπας τοῦ ποσσέσσορος ὁ οἰκέτης ἐτελεύτησε. ἐπεὶ γὰρ οὕτως ἐτελεύτησε, ἀπολύεται ὁ ἐναχθεὶς, πλὴν [εἰ μὴ μετὰ προνουντατίονα][17]) ἐτελεύτησε. τοῦ[το γὰρ] λέγ[ων] οὐ[κ] ἐναντιώσεις τ[οῖς κ]ει[μένοις] ἐν τῷ ιε΄ ις΄ ιζ΄ καὶ κζ΄ διγ. τούτου τοῦ τί. [τί οὖν] ἐστὶ προ[νουντατίων;] μάθε. τῆς ἐν ῥὲμ κινουμένης εἰ ἀποδείξω τὸ πρᾶγμα ἐμὸν εἶναι, γίνεται ἀπὸ δικ[αστοῦ] πρ[ονουντατίων. λέγ]ει γὰρ ὁ δικαστής· συν[έστη] τὸ πρᾶγμα διαφέρειν τῷ πετίτωρι, καὶ λοιπὸν χρὴ τὸν ῥέον ἢ ἀποκαταστῆσαι τὸ πρᾶγμα ἢ ὅρκῳ τοῦ ἄκτορος, καταδικάζεσθαι. τοῦτο γάρ φησιν ἐν τῷ ιζ΄ διγ. ὁ Ulpianos [18]).

dolum et culpam possessoris servus mortuus est. Nam si ita mortuus est, absolvitur reus, nisi post pronuntiationem mortuus sit . . . . in dig. 15. 16. 17 et 27. hujus tituli. Quid autem est pronuntiatio? Disce. Si in rem agatur et rem meam esse probavero, a judice pronuntiatio fit. Dicit enim judex: demonstratum est, rem actoris esse, et ita reus aut rem restituere debet aut quanti in litem actor juraverit condemnari. Hoc enim dicit dig. 17. Ulpianus.

---

17) Das in Klammern Eingeschlossene ist von mir ergänzt worden. Alles wiederherzustellen, hat mir nicht gelingen wollen.

18) In l. 17. D. de R. V. steht wenigstens in unseren Ausgaben davon nichts.

2. Scholia ad Basil. XV, 1, 17 = Dig. VI, 1, 17. §. 1.

P. 12 sqq. meiner Ausgabe.

Ἀλλότριόν[19]) τις κατέχει οὐκέτην, ἐνήχθη περὶ αὐτοῦ τῇ ἰν ῥέμ, καὶ ἐξηνέχθη π ρ ο ν ο υ ν τ α τ ί ω ν [20]) παρὰ τοῦ δικαστοῦ [21]). τί δὲ ἐστὶ π ρ ο ν ο υ ν τ α τ ί ω ν; μάθε. τῆς ἰν ῥὲμ κινουμένης εἰ ἀποδείξω τὸ πρᾶγμα ἐμὸν εἶναι, γίνεται ἀπὸ τοῖ [δικαστοῦ] [22]) π ρ ο ν ο υ ν τ α τ ί ω ν. λέγει γὰρ ὁ δικαστής· συνέστη τόδε τὸ πρᾶγμα διαφέρειν τῷ πετίτωρι, καὶ λοιπὸν χρὴ τὸν ῥέον ἢ ἀποκαταστῆσαι τὸ πρᾶγμα ἢ ὅρκῳ τοῦ ἄκτορος [κατα]δικάζεσθαι [23]). τινός

Alienum quis servum detinet, propter eum in rem actione conventus est, et p r o n u n t i a t i o a judice prolata est. Quid autem est p r o n u n t i a t i o? Disce. Si in rem agatur et rem meam esse probavero, a judice p r o n u n t i a t i o fit. Dicit enim judex: demonstratum est, rem actoris esse, et ita reus aut rem restituere debet aut quanti in litem actor juraverit condemnari. Igitur quum quis alienum servum possideret, — accede enim ad propositum, — et in

19) Das Folgende ist die ἑρμηνεία εἰς πλάτος oder der ἴνδεξ der l. 17. §. 1. D. de R. V. aus dem Digestencommentare des S t e p h a n u s.

20) In der HS. wird bald περνοῦντ. bald προνοῦντ. geschrieben.

21) Die HS. hat ἄκτορος.

22) War nicht zu lesen in der HS. Vielleicht δικάζοντος.

23) Die HS. hat bloß δικάζεσθαι.

νεμομένου[24]) τοίνυν τὸν ἀλλότριον οἰκέτην, — ἐλθὲ γὰρ ἐπὶ τὸ προκείμενον, — ἐναχθέντος τῇ ἰν ῥέμ, ἐξηνέχθη προνουντατίων, ὡς πρόδηλόν τε καὶ ἀναμφίβολον εἶναι λοιπὸν τὴν τοῦ ποσσέσσορος μόραν μεθ' ἣν ἐτελεύτησεν ὁ οἰκέτης. λέγει τοίνυν ὁ ἰουλιανός, εἰ μόραν ἐποίησεν ὁ ποσσέσσωρ καὶ οὐκ ἀποκατέστη τὸν οἰκέτην, χρὴ τὸν ἐναχθέντα καταδικάζεσθαι καὶ ἐπὶ τοῖς καρποῖς ἢ ταῖς ὀπέραις ταῖς ἄχρι καιροῦ τῆς καταδίκης. οὐ μόνον δὲ καρπὸν ἀλλὰ καὶ πᾶσαν καῦσαν χρὴ παρέχεσθαι, φησὶν ἰουλιανός, καὶ διὰ τοῦτο καὶ τὸν μετὰ προκάταρξιν τοκετὸν εἰς ἀποκατάστασιν φέρεσθαι, τουτέστιν ἀποκαθίστασθαι, καὶ οὐ μόνον αὐ-

rem actione conventus esset, pronuntiatio prolata est, ut jam mora possessoris manifesta et minime dubia sit, et post hanc servus mortuus est. Dicit igitur Julianus, si moram fecit possessor et servum non restituit, reum condemnari oportet etiam fructuum nomine vel operarum usque ad condemnationis tempus. Nec solum fructum sed etiam omnem causam praestandam esse Julianus dicit, et ideo et partum post litem contestatam in restitutionem venire, hoc est restitui, nec solum ipsum, sed etiam fructus sive operas partuum. Usque adeo etiam causae, id est quae quolibet modo accedunt, post litem contestatam in condemnationem actionis in

24) Die HS. hat τὶς νεμόμενος.

τόν, ἀλλὰ καὶ τοὺς καρποὺς ἤτοι τὰς ὀπέρας τῶν τοκετῶν. ἐπὶ τοσοῦτον καὶ αἱ καῦσαι, τουτέστι τὰ ὁπωσοῦν προσγενόμενα, μετὰ προκάταρξιν κατάγονται εἰς τὴν τῆς ἰν ῥὲμ καταδίκην ὀφφικίῳ δηλονότι τοῦ δικάζοντος, ὅτι ἐὰν ὁ ποσσέσσωρ προφάσει τοῦ οἰκέτου κτήσηται τὸν ἀκουΐλιον, — ϑὲς γὰρ ὅτι μετὰ προκάταρξιν οὐσουκαπιτευϑέντα [25]) παρὰ τοῦ ποσσέσσορος τὸν οἰκέτην ἕτερος ἔπληξεν ἢ ἀνεῖλεν καὶ εἵρμοσε λοιπὸν αὐτῷ ὡς δεσπότῃ ὁ ἀκουΐλιος —, ἐὰν οὖν προφάσει τοῦ οἰκέτου κτήσηται τὸν ἀκουΐλιον ὁ ποσσέσσωρ, φησὶν ἰουλιανός, ἀναγκάζεσϑαι αὐτὸν ἐκχωρεῖν τὸν ἀκουΐλιον, ὃν ἐκτήσατο προφάσει τοῦ οἰκέτου, ὃν εἶχεν ὑπὸ τὴν

rem deducuntur judicis nimirum officio, ut si possessor occasione servi actionem legis Aquiliae acquisierit, — pone enim servum a possessore post litem contestatam usucaptum ab alio vulneratum vel occisum esse et sic illi tamquam domino actionem legis Aquiliae competere —, si igitur per servum possessor acquisierit actionem legis Aquiliae, dicit Julianus, cogi eum cedere actionem legis Aquiliae, quam per servum acquisivit, quem possedit et post litem contestatam usucepit. Quod si dolo servum possidere desiit possessor, postquam semel, ut dictum est, usucapiendo post litem contestatam ejus servi dominus effectus est, et alius quis servum injuria occi-

25) In der HS. glaubte ich zu lesen: οὐσουκαπιτεύεται.

αὐτοῦ κατοχὴν μετὰ προκάταρξιν οὐσουκαπιτεύων αὐτόν. εἰ μέντοι κατὰ δόλον ἐπαύσατο τῆς τοῦ οἰκέτου νομῆς ὁ ποσσέσσωρ ἅπαξ, ὡς εἴρηται, δεσπότης τούτου αὐτοῦ τοῦ οἰκέτου διὰ τῆς οὐσουκαπίονος ἤδη γενόμενος μετὰ προκάταρξιν, καί τις ἕτερος [τὸν] οἰκέ[την] ἀνεῖλ[εν ἀ]δίκ[ως], τότε τὸ τίμημα τοῦ οἰκέτου ἢ τὰς κατὰ τοῦ ἀνελόντος ἀγωγὰς παρέχειν ἤτοι ἐκχωρεῖν ὁ ποσσέσσωρ ἀναγκάζεται, ὁπότερον αὐτῶν ὁ πετίτωρ ἕλοιτο. ἀποκαθιστῶν δὲ ὁ νῦν ἐναγόμενος ὀφείλει τῷ πετίτωρι καὶ τοὺς καρποὺς οὓς ἔτυχε παρ' ἑτέρου νομέως λαβών, — θὲς γάρ, ὅτι ἑτέρου τὸν οἰκέτην κατέχοντος κινήσας τὴν ἐν ῥὲμ καὶ συναρπάσας τὸν οἰκέτην ἔλαβε τὸν τοκετὸν καὶ τὰς ὀπέρας —, ταύτας οὖν ἀπο-

derit, tunc pretium servi aut actiones adversus occisorem praestare sive cedere possessor cogitur, utrum eorum actor voluerit. Quodsi restituit qui nunc convenitur, debet etiam petitori fructus, quos ab alio possessore percepit, — pone enim eum, quum alius servum detineret, in rem actionem intendisse et servum obripuisse et partum et operas accepisse, — has igitur petitori, qui re vera dominus est, restituere debet: non enim lucrum facere debet ex eo servo, qui in lite esse coeperit. Quodsi is qui nunc convenitur, servum desierit possidere eumque petitor exempli gratia septem menses detinuerit et servus denuo sub detentione possessoris constitutus fuerit, non debet ei fructum sive operas restituere ejus

καθιστᾶν ὀφείλει τῷ πετίτωρι καὶ πρὸς τὴν ἀληθείας ὄντι δεσπότῃ· οὔτε γὰρ ὀφείλει κέρδος ἑαυτῷ περιποιεῖν ἐκ τοῦ οἰκέτου τοῦ εἰς προκάταρξιν κατενεχθέντος. εἰ δὲ τὸν οἰκέτην ὁ νῦν ἐναχθεὶς [κατέχειν] [26]) *ἐπαύσατο καὶ τοῦτον κατέσχεν ὁ πετίτωρ ἐπὶ μῆνας ζ. τυχὸν καὶ πόλιν ὑπὸ κατοχὴν εὑρεθῇ τοῦ ποσσέσσορος ὁ οἰκέτης, οὐκ ὀφείλει καρπὸν ἢ ὀπέρας ἀποκαθεστᾶν αὐτῷ τοῦ χρόνου, καθ' ὃν αὐτὸς ὁ νικήσας ἤτοι ὁ πετίτωρ ἔσχε τὴν τοῦ οἰκέτου νομήν. τὸ δὲ εἰρημένον, ὅτι ὁ τῇ ἰν ῥὲμ ἐναχθεὶς ἀναγκάζεται τῷ πετίτωρι ἀκουΐλιον ἐκχωρεῖν, τότε χώραν ἔχει, ὅτε, καθὰ τεθεμάτισται, μετὰ προκάταρξιν οὐσουκαπίτευσε τὸν οἰκέτην. τότε γὰρ διὰ*

temporis, quo ipse, qui vicit, sive petitor servi possessionem habuit. Quod autem dictum est, eum, qui in rem actione conventus est, petitori actionem legis Aquiliae cedere cogendum esse, hoc tunc locum habet, quum, uti propositum est, servum post litem contestatam usu cepit. Tunc enim usucapione dominus servi effectus actionem legis Aquiliae tamquam dominus acquirere potuit: soli enim ei, qui occisionis tempore dominus est, legis Aquiliae actio competere solet: hanc igitur petitori cedit, licet servum usuceperit, quia post litem contestatam demum usucapio ei impleta est.

---

26) Fehlt in der HS.

τῆς οὐσουκαπίονος δεσπότης τοῦ οἰκέτου γενόμενος ἠδύνατο κτήσασθαι ὡς δεσπότης τὸν ἀκουίλλιον· μόνῳ γὰρ τῷ ὄντι δεσπότῃ κατὰ τὸν καιρὸν τῆς πληγῆς ὁ ἀκουίλλιος εἰώθει παρέχεσθαι· τοῦτον οὖν ἐκχωρεῖ τῷ πετίτωρι, κἂν τὸν οἰκέτην οὐσουκαπίτευσεν, ἐπειδὴ ὅλως μετὰ προκάταρξιν ἐπληρώθη αὐτῷ ἡ οὐσουκαπίων.

Εἰ[27]) μόραν ἐποίησεν ὁ ποσσέσσωρ ἐν ἀποκαταστατέῳ τῷ οἰκέτῃ, τουτέστιν ὅταν πάντως ἐχρῆν αὐτὸν ἀποκαθίστασθαι. πρόδηλον δέ, ὅτι μετὰ προνουντατίονα χρεὼν ἦν τὸν οἰκέτην ἀποδοθῆναι. οὕτως οὖν θεματίζων εἰπὲ προνουντατίονος γενομένης, ἵνα καὶ ἀναμφίβολος ᾖ λοιπὸν ἡ μόρα

Si moram fecerit in homine reddendo possessor, hoc est si omnino eum restitui oporteret. Manifestum autem est, post pronuntiationem servum reddi debuisse. Ita igitur casum fingens dic „si pronuntiatio prolata fuerit“, ut de caetero mora minime dubia sit et ut ne tibi adversetur quod paulo

27) Dieß ist eine παραγραφή des Stephanus zu den Worten der l. 17. §. 1. D. cit.: „si moram fecerit in homine reddendo possessor.“

καὶ ἵνα μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὸ προειρημένον ἐν τῷ τέλει τοῦ ιέ διγ., ἔνθα διαστίζει ὁ οὐλπιανὸς, εἴτε βενάλιος ἦν ὁ οἰκέτης εἴτε καὶ μή. ἔσθι δὲ, ὅτι σήμερον ἡ προνουντατίων συνάπτεται τῷ ὅρῳ ἤγουν τῇ αὐτοτελεῖ τοῦ δικάζοντος ψήφῳ. οὕτω γάρ φησιν ὁ δικαστής· ἐκ τῶν παρ' ἐμοὶ κεκινημένων εὑρίσκω τὸν οἰκέτην διαφέροντα τῷ πετίτωρι. συνορῶ τοίνυν τόδε, καὶ οὕτω τῇ προνουντατίονι τὴν καταδίκην ἐπάγει [28]). τί οὖν; τὸ πάλαι περὶ προνουντατίονος εἰρημένον δεῖ δέχεσθαι σήμερον ἐκκλήτου παρὰ τοῦ ποσσέσσορος ἐπιδοθείσης μετὰ τὴν γενομένην κατ' αὐτοῦ καταδίκην, ὅτε τυχὸν καταδικασθεὶς καὶ ὀφείλων ἀποδοῦναι τὸν οἰκέτην

ante in fine dig. 15. dictum est, ubi Ulpianus distinguit, utrum servus venalis fuerit, nec ne. Scias autem, hodie pronuntiationem conjungi cum sententia sive definitiva judicis decisione. Judex enim sic loquitur: Ex his, quae apud me acta sunt, intelligo servum petitoris esse; videtur igitur mihi, quod etc. et sic pronuntiationi condemnationem adjicit. Quid ergo? Quod olim de pronuntiatione dictum est, hodie accipi debet de casu, ubi a possessore post condemnationem appellatio interposita est, ubi forte damnatus, quum servum reddere deberet, hoc quidem non fecit, sed appellationem interposuit, et medio tempore servum mori contigit.

28) Ich bin zweifelhaft, ob nicht in der HS. ἐκάγει steht. Doch würde dieß wohl ein Fehler seyn.

τοῦτο μὲν οὐκ ἐποίησεν, ἔκκλητον δὲ ἐπιδέδωκε, καὶ συνέβη ἐν τῷ μέσῳ τελευτᾶν τὸν οἰκέτην.

στεφανοῦ[29]) ἐπειδὴ ὅλως καὶ ἐγένετο προκάταρξις καὶ τίμημα ἔλαβον. τιμήματος γὰρ μὴ δοθέντος, ἀλλὰ τοῦ οἰκέτου παρ' ἐμοὶ τελευτήσαντος μετὰ προκάταρξιν, τότε χώραν ἔχει ἡ ἐν τῷ ιε' διγ. κειμένη διάστιξις, καὶ οὐκ ἄλλως τὴν τοῦ τελευτήσαντος οἰκέτου δίχα δόλου καὶ κούλπας ἐμῆς διατίμησιν παρέχειν ἠναγκαζόμην, εἰ μὴ καὶ βενάλιος ἦν ὁ οἰκέτης καὶ μόραν ἐποίησα. καὶ ἁπλῶς εἰπεῖν τότε ὁ βόνα φίδε νομεὸς τελευτήσαντος τοῦ οἰκέτου μετὰ προκάταρξιν δίχα μέντοι δόλου καὶ κούλπας αὐτοῦ κατεδικάζεται, ὅτι

Stephani. Quia nimirum lis contestata est et pretium accepi. Nam si pretium datum non fuerit, sed servus apud me mortuus fuerit post litis contestationem, tunc locum habet distinctio in dig. 15. facta, nec aliter aestimationem servi sine dolo vel culpa mea defuncti praestare cogor, quam si servus venalis erat et moram fecero. Et ut breviter dicamus, bonae fidei possessor servo post litem contestatam sine dolo vel culpa ejus defuncto tunc condemnatur, si aut venalis fuit servus et mora petitori facta est, aut post litem

29) Ganz dasselbe Scholium, jedoch ohne Namen des Verfassers, kommt in der HS. unmittelbar vorher schon einmal vor. Es gehört wohl zu l. 17. pr. D. de R. V.

ἢ βενάλιος ἦν ὁ οἰκέτης καὶ μόρα γεγένηται τῷ πετίτορι, ἢ μετὰ προκάταρξιν τὸν οἰκέτην ἔτι περιόντα πωλήσας ὁ βόνα φίδε νομεὺς τίμημα ἔλαβεν, ἢ μετὰ προνουντατίονα ἐτελεύτησεν ὁ οἰκέτης. ταῦτα γάρ ἐστι συνάγοντα λέγειν ἐκ τοῦ ιε΄. καὶ ἐκ τοῦ α΄ καὶ β΄ θέματος τοῦ παρόντος διγ. [30]).

contestatam bonae fidei possessor servum adhuc viventem vendidit et pretium accepit, aut servus post pronuntiationem mortuus est. Hoc enim colligere est ex dig. 15. et themate 1 et 2 hujus digesti.

3. Schol. ad Basil. XV, 1, 18 = Dig. VI, 1, 18.

P. 14 meiner Ausgabe.

σῆ. ὅτι ἡ τῆς οὐσουκαπίονος ἀνάσχεσις [οὐ λ]ύει τὴν ὑποθήσην οὐδὲ[31]) ἀνατρέπει τὴν ἐλευθερίαν. ἀμ[έ]λ[ει] καὶ τοιαύτ[ην] ἐκφ[ωνεῖσθαι χρὴ] προνουντατίονα π[αρὰ τοῦ] δικαστοῦ· [συνέ]στη τὸν οἰκέτην

Nota quod usucapionis rescissio non dissolvit hypothecam nec infirmat libertatem. Caeterum etiam hujusmodi pronuntiatio a judice proferenda est: Demonstratum est, hunc hominem actoris fieri debere.

---

30) Der übrige Theil des Scholiums braucht hier nicht mitgetheilt zu werden.

31) In der HS. glaubte ich zu lesen ὑπόθεσιν εἰ δέ. Doch war daran wohl die Undeutlichkeit der Schriftzüge Schuld.

τόνδε γενέσθαι τοῦ ἄκτορος.

4. Scholia ad Basil. XV, 1, 27 = Dig. VI, 1, 27. §. 2.

P. 18 sq. meiner Ausgabe.

στεφάνου. εἶπον γάρ σοι καὶ ἐν τῷ ιζ´ διγ. ὅτι ἡ τῆς ἀπομειώσεως διατίμησις οὐ κατὰ φύσιν τῆς ἐν ῥὲμ ἀλλὰ per judicem ἀπαιτεῖται. τῆς οὖν ἐν ῥὲμ ἀσθενούσης οὐχ οἷόν τέ ἐστι γίνεσθαι τῆς ἀπομειώσεως καταδίκην· πῶς γάρ, ὅτε καὶ ἀσθενεῖ ἡ ἐν ῥέμ, ἀλλ᾽ ὀφφικίῳ τοῦ δικάζοντος γίνεται τῆς ἀπομειώσεως καταδίκη; ἀπολύεται οὖν ὁ ῥέος, κἂν μετὰ προκάταρξιν ὁ οἰκέτης ἐτελεύτησεν, ἐν ᾧ δηλονότι μὴ βενάλιος ἦν ὁ οἰκέτης μήτε μόρα γεγένηται, μήτε πωλήσας αὐτὸν μετὰ προκάταρξιν ὁ ποσσέσσωρ τὸ τίμημα ἔλαβεν. ἐπὶ ἑκατέρῳ γὰρ ἀπολύεται

Stephani. Dixi tibi etiam in dig. 17., deteriorationis aestimationem non secundum naturam in rem actionis sed per judicem exigi. Itaque si in rem actio deficiat, non potest fieri deteriorationis condemnatio, — quomodo enim, quum deficiat in rem actio, et tantum officio judicis deteriorationis condemnatio fiat? Igitur reus absolvitur, etiamsi post litem contestatam servus mortuus sit, si nimirum servus venalis non erat et mora non est facta, nec possessor eum post litis contestationem vendidit et pretium accepit. Et quidem ab utroque ab-

θέματι [32]). εἰ δὲ ἐτελεύτησαν ὁ οἰκέτης ὡς ἔγνως ἐν τῷ ιε' καὶ ιζ' διγ., καὶ ἑνὸς δὲ τούτων μὴ ὑποκειμένου εἴτε μετὰ προνουντατίονα ἐτελεύτησεν, πάλιν ὁ ποσσέσσωρ καταδικάζεται, ὡς ἔγνως ἐν τῷ αὐτῷ ιζ' διγ., ὥσπερ οὖν καὶ μήπω προνουντατίονος γενομένης εἰ κατὰ δόλον ἢ κούλπαν τοῦ ἐναχθέντος ἐτελεύτησεν, ὡς δείκνυσι καὶ τὸ κα' [33]) διγ. καὶ τὸ πολλάκις ἡμῖν εἰρημένον, ὅτι καὶ ὁ βόνα φίδε νομεὺς μετὰ προκάταρξιν ἀπὸ δόλου καὶ κούλπας εὐθύνεται.	solvitur. Si vero servus mortuus est ea conditione, quam didicisti dig. 15 et 17., vel absque ejusmodi conditione si post pronuntiationem mortuus sit, possessor rursus condemnatur, ut in ipso illo dig. 17. didicisti, sicuti etiam tunc, quum ante pronuntiationem dolo vel culpa rei moritur, uti ostendit tum dig. 21. tum quod saepius a nobis observatum est, etiam bonae fidei possessorem post litis contestationem propter dolum et culpam teneri.

32) Wenn der Text hier fehlerfrei ist, was mir allerdings zweifelhaft scheint, so will Stephanus sagen, daß der Beklagte in dem zuvor angegebenen Falle sowohl in der Hauptsache als in Betreff der Deterioration freigesprochen werden müsse. In dem Folgenden zählt er dann die Fälle auf, in welchen der Beklagte wenigstens in der Hauptsache condemnirt wird.

33) In der HS. steht κδ'.

5. Scholia ad Basil. XV, 1, 79 = Dig. VI, 1, 79.
P. 33 sq. meiner Ausgabe.

Κατεῖχέ [34]) τις ἀλόγως οἰκέτην καὶ προκατήρχθη ἢ ἐν ῥέμ, ἀλλὰ μετὰ προκάταρξιν οὐ μὴν μετὰ προνουντατίονα ἐτελεύτησεν ὁ οἰκέτης. ποίους ἄρα δεῖ τὸν νεμόμενον ἀπαιτηθῆναι καρποὺς ἤτοι ὀπέρας; λέγει λαβεὼν τοὺς ἀπὸ καιροῦ προκατάρξεως μέχρι τῆς τοῦ οἰκέτου τελευτῆς. ταῦτα μὲν οὖν ἀπροσδιορίστως λαβεών. ὁ δὲ παῦλος διαστίζων οὕτω φησίν· ἀπαιτεῖται τοὺς ἀπὸ καιροῦ προκατάρξεως μέχρι τῆς τοῦ οἰκέτου τελευτῆς ὁ νεμόμενος, εἰ μὴ ἄρα συνέβη τὸν οἰκέτην πρὸ τῆς τελευτῆς ἀῤῥωστίᾳ τινὶ περιπεσεῖν καὶ τὰ συνήθη πράττειν μὴ δύνασθαι.

Possidebat aliquis servum alienum et in rem actione conventus est, sed post litis contestationem non autem post pronuntiationem servus mortuus est. Quinam fructus sive operae a possessore exigi debent? Labeo dicit, fructus a tempore litis contestatae usque ad mortem servi. Haec quidem indistincte Labeo. Paulus autem distinguens sic dicit: fructus a tempore litis contestatae usque ad mortem servi a possessore exiguntur, nisi forte servus ante mortem in morbum incidit et consueta perficere non potuit.

34) Das Folgende scheint die ἑρμηνεία oder der Index der l. 79. D. de rei vind. aus dem Digestencommentare des Stephanus zu seyn.

στεφάνου[35]). οὐ μετὰ προυντατίονα, ἀλλὰ μετὰ μόνον προκάταρξιν.

Stephani. Non post pronuntiationem, sed solum post litis contestationem.

στεφανου[36]). οὐ μὴν ἐκ τῆς προκατάρξεως ἕως καταδίκης ἀλλὰ ἕως τελευτῆς τοῦ οἰκέτου, ἐπειδὴ μετὰ προκάταρξιν καὶ [37]) μὴ μετὰ προνουντατίονα ἐτελεύτησεν. ἢ γὰρ ἂν, [εἰ μετὰ προνουντατίονα ἐτελεύτησεν,] τὰς μέχρι καταδίκης ὀπέρας ἀπαιτεῖτο, ὡς ἐν τῷ ιζ΄ διγ. τοῦ παρόντος τί. σοὶ παραδέδοται. μέμνησο καὶ τῶν ἐν τῷ κζ΄ διγ. σοὶ παραδεδομένων. ἐκεῖνο δὲ οἶδας μαθὼν ἐκ τοῦ ιε΄ καὶ ις΄ καὶ ιζ΄ διγ. τοῦ παρόντος τί., ὅτι κἂν μετὰ

Stephani. Non a litis contestatione usque ad condemnationem, sed usque ad mortem servi, quoniam post litis contestationem neque vero post pronuntiationem mortuus est. Profecto enim, [si post pronuntiationem mortuus est,] usque ad condemnationem operae exigerentur, ut in dig. 17. hujus tit. tibi traditum est. Memineris etiam eorum, quae in dig. 27. tibi tradita sunt. Illud autem didicisti in dig. 15. 16 et 17. hujus tituli,

---

35) Diese Anmerkung (παραγραφή) gehört zu den Worten „post litem contestatam“ der l. 79. D. cit.

36) Diese παραγραφή bezieht sich auf die Worte „quoad is vixerit“ in l. 79. D. cit.

37) Die HS. hat κἂν. Die folgende Parenthese habe ich supplirt, indem ich glaube, daß der Schreiber sich durch das Wiederkehren derselben Worte hat irre machen lassen. Die Lesart der HS. hat keinen Sinn.

προκάταρξιν συνέβη τελευτῆσαι τὸν οἰκέτην δίχα δόλου ἢ κούλπας τοῦ ποσσέσσορος, οὐ καταδικάζεται ὁ ἐνεχθεὶς ἐπὶ τῇ διατιμήσει αὐτοῦ, εἰ μὴ ἄρα βενάλιος ἦν ὁ οἰκέτης, ἢ τίμημα ἔλαβεν ὁ ποσσέσσωρ, ἢ μετὰ προνουντατίονα ἐλεύτησεν ὁ οἰκέτης. διὰ μέντοι τοὺς καρποὺς ἤτοι τὰς ὀπέρας τὰς μετὰ προκάταρξιν δηλονότι καὶ τὸν τοκετὸν ἢ τὴν περὶ ἐκοικήσεως ἐπερώτησιν ἀνάγκη γίνεσθαι [καταδίκην.] [38]) τοῦτο γὰρ τὸ ις' διγ. [ἐπάγει].

etiamsi forte post litis contestationem sine dolo vel culpa possessoris servus mortuus sit, reum ad aestimationem ejus praestandam non condemnari, nisi servus venalis erat, aut pretium possessor accepit, aut post pronuntiationem servus mortuus est. Propter fructus autem sive operas post litis contestationem perceptos et partum vel stipulationem de evictione necessaria est sententia: hoc enim addit dig. 16.

Die vorstehenden Auszüge aus dem Digestencommentare des Antecessor Stephanus geben zu mehrfachen Bemerkungen Veranlassung.

Zuvörderst ist darauf aufmerksam zu machen, wie nach der gewiß richtigen Angabe des Stephanus die Fassung der pronuntiatio eine andere ist, wenn der Kläger zur Zeit der Erlassung derselben wirklich Eigen-

38) Fehlt in der HS.

thümer ist, eine andere aber alsdann seyn muß, wenn der verklagte bonae fidei possessor nach der Litiscontestation die Usucapion vollendet hat. Ob diese Bemerkung auch noch im neuesten Rechte praktische Geltung habe, hängt davon ab, ob man (mit den griechischen Juristen) die justinianeische Ersitzung ebenso, wie die alte usucapio, ungeachtet der Litiscontestation ihren Weg verfolgen, oder durch die Litiscontestation, angeblich wie die longi temporis praescriptio, unterbrochen werden läßt.

Ferner behauptet Stephanus, daß der mit der rei vindicatio belangte bonae fidei possessor nach der pronuntiatio völlig in dieselbe Lage komme, in welcher der malae fidei possessor schon von der Litiscontestation an ist: daß er also z. B. regelmäßig auch für den zufälligen Untergang der Sache hafte, daß er auch die Früchte bis zur Zeit der Condemnation prästire. Diese Meinung ist gewiß ganz unbedenklich: bis zur pronuntiatio kann es dem Besitzer in gutem Glauben nicht zum Nachtheil gereichen, wenn er sein vermeintliches Recht vertheidigt, nach der pronuntiatio aber, durch welche er erfährt, daß er kein Recht hat, ist er wirklich und vollständig in mala fide und macht sich einer wahren mora schuldig, wenn er die Sache nicht sofort restituirt. Aber bemerkenswerth ist besonders, welchen Gebrauch Stephanus davon bei der Interpretation einzelner Stellen macht. Wo nämlich die Rede ist von dem, was der Beklagte zu restituiren habe, denkt er an die Zeit nach der pronuntiatio, wo

es nach dem Obigen keinen Unterschied mehr giebt zwischen einem bonae fidei und einem malae fidei possessor. Er vermeidet dadurch auf eine sehr einfache Weise die Bedenken, welche der Interpretation derer entgegenstehen, die z. B. die l. 13. oder die l. 15. §. 3. und die *l. 16. D.* de R. V. speciell von einem malae fidei possessor verstehen wollen [39]), ohne daß doch in diesen Stellen selbst eine genügende Hindeutung auf eine solche Supposition vorläge.

Endlich erkennt zwar Stephanus an, daß es nach justinianeischem Rechte eine von der condemnatio getrennte pronuntiatio nicht mehr gebe, er meint aber, daß nach dem neuen Rechte das ungetheilte Endurtheil, wenn der Beklagte von demselben appellire, die Wirkung der alten pronuntiatio, d. h. die Wirkung habe, daß der Beklagte, wenn er auch Anfangs in gutem Glauben war, doch von dem ersten Endurtheile an völlig wie ein malae fidei possessor hafte. Allein in diesem Punkte kann man Stephanus nicht beistimmen: er verkennt offenbar das Wesen der Appellation. Wenn der Beklagte bona fide appellirt hat, so ist er immer noch als bonae fidei possessor zu behandeln: das Urtheil des unteren Richters, dessen Wirksamkeit durch die Appellation überhaupt suspendirt ist, kann eben deßhalb auch an und für sich nicht die Wirkung haben, den Beklagten in eine wahre mala fides zu versetzen. Endlich zur Zeit des älteren Verfahrens

39) Vgl. Glück, Erläut. der Pandekten. Bd. 8. S. 234 ff.

konnte der Beklagte gewiß von der pronuntiatio appelliren, noch ehe die condemnatio erfolgt war: und in einem solchen Falle traten nach der Natur der Appellation die von Stephanus hervorgehobenen Wirkungen der pronuntiatio sicherlich nicht eher ein, als bis die pronuntiatio in oberer Instanz bestätigt worden war.

---

2. Zur Erklärung der l. 9. §. 7. D. de usufructu. [40])

Mit Beziehung auf diese Stelle haben viele Juristen die Behauptung aufgestellt, daß ein Usufructus an einem Gute, zu welchem auch Waldungen gehörten, dem Nutznießer in Beziehung auf die letzteren nur das Recht gebe, zum Besten des Guts Holz zu schlagen, und zwar ohne die Befugniß, das geschlagene Holz zu verkaufen. Ein ordentlicher Holzschlag aber und namentlich ein Holzverkauf soll dem Usufructuar nur dann gestattet seyn, wenn ein Wald für sich allein zum besonderen Gegenstand des Nießbrauchs gemacht worden ist.

In neuerer Zeit aber hat besonders Laspeyres (Archiv für civilist. Praxis Bd. XIX. Abh. 4.) gezeigt, daß eine solche Behauptung mit den allgemeinen Grundsätzen, welche vom Nießbrauche gelten, unvereinbar seyn würde. Er hat gezeigt, daß in der That auch die l. 9. §. 7. D. de usufructu von einer ganz anderen Frage

40) Vgl. v. Vangerow, Leitfaden I. S. 671.

handelt. Die Frage ist hier nämlich die: ob der Nutznießer eines Landguts auch die Waldflecke, Weidichte u. s. w. benutzen dürfe, welche zwar nicht zu diesem Gute gehören, bei dessen Bebauung aber bisher von dem Eigenthümer benutzt worden sind. Diese Frage bejaht dann Ulpianus dahin, daß der Nutznießer dergleichen Holzungen zwar benutzen dürfe, aber natürlich nur in der Weise, wie bisher der Eigenthümer, also nur zum Besten des Guts, nicht zu seinem persönlichen Vortheil.

Diese Erklärung der l. 9. §. 7. D. de usufructu, die sich übrigens schon in der Accursischen Glosse findet, wird nun auch vollkommen bestätigt durch die Paraphrase derselben Stelle, welche der Antecessor Stephanus in seinem weitläufigen Digestencommentare gegeben hatte. Der betreffende Auszug aus diesem Commentare hat sich in der rescribirten Basilikenhandschrift erhalten, die ich in Konstantinopel entdeckt habe. Vgl. meine Ausgabe p. 65.

Zu Anfang fehlen einige Worte, die auf einem verloren gegangenen Blatte gestanden haben; das Uebrige lautet, wie folgt:

— — *τὸ ἰνστρούμεντον, ἔχει τοι, ὡς εἴρηται, τοῦ ἰνστρουμέντου τὴν χρῆσιν. ἐπειδὴ καὶ ἔνθα οὐσουσφρούκτος ἀγροῦ ληγατεύεται, καὶ ἕτερός ἐστιν ἀγρὸς, ἐξ οὗ σύ-*

— — instrumentum, habet igitur, sicuti dictum est, instrumenti usumfructum. Nam etiam sicubi ususfructus agri legatur, et alius ager est, ex quo solebat proprietarius

νηθες ἦν τῷ προπριεταρίῳ πάλους τινὰς ἤτοι κοντοὺς καὶ ὑπορθώματα ἢ ἰτέας ἢ κάλαμον λαμβάνειν καὶ εἰς τὸν ἀγρὸν, οὗ τὸν οὐσούφρουκτον[41]) ἐληγάτευσε, μεταφέρειν, εἰς χρῆσιν τούτου αὐτοῦ τοῦ ἀγροῦ δύναται ὁ οὐσουφρουκτουάριος τῷ πάλῳ καὶ τῇ ἰτέᾳ καὶ τῷ καλάμῳ κεχρῆσθαι, οὐ μὴν καὶ πιπράσκειν τὶ ἐξ αὐτῶν, εἰ μὴ ἄρα τοῦ ἰτεῶνος αὐτοῦ ἢ τῆς παλαρίας ὕλης, τουτέστι τῆς ἐχούσης τοὺς πάλους, ἢ τοῦ καλαμῶνος ἰδικῶς οὐσούφρουκτος αὐτῷ ἐληγατεύθη. τότε γὰρ καὶ πιπράσκειν[42]) δύναται τὰ ἐκ τοῦ ἰτεῶνος καὶ τῆς ὕλης καὶ τοῦ καλαμῶνος λαμβανόμενα. γράφει γὰρ καὶ τρεβάτιος, δύνασθαι τὸν οὐσουφρουκτουάριον τὴν τιμητικὴν ὕλην, ἧς

palos nonnullos sive contos et pedamenta vel salicem vel arundinem quaerere et in agrum, cujus usumfructum legavit, transferre, ad utilitatem hujus ipsius agri usufructuarius palo et salice et arundine uti potest, non autem vendere aliquid eorum, nisi forte ipsius salicti vel silvae palaris, i. e. quae palos habet, ve arundineti specialiter ususfructus ei legatus est. Tunc enim et vendere potest, quae ex salicto vel silva vel arundineto percipit. Nam et Trebatius scribit, usufructuarium posse silvam caeduam, cujus ususfructus ipsi legatus est, et arundinetum caedere, sicut proprietarius ipse caedebat, [et vendere,] licet non solebat ea vendere.

41) In der HS. steht ἀγρόν, ein offenbarer Schreibfehler.
42) In der HS. glaubte ich zu lesen: π. σκάπτειν.

ὁ οὐσουφρουκτος αὐτῷ ἐλληγατεύθη, καὶ τὸν καλαμῶνα τέμνειν, ὡς ἔτεμνε μέντοι [43]) ὁ προπριετάριος, εἰ καὶ [44]) μὴ πιπράσκειν αὐτὰ εἰώθει τουτέστιν ἐκεῖνα τέμνειν τῷ οὐσουφρουκτουαρίῳ συγχωροῦμεν, ἅπερ ὁ προπριετάριος τέμνειν εἰώθει, οὐ μὴν αὐτὸν ἀναγκάζωμεν κεχρῆσθαι τοῖς τεμνομένοις, καθὸν καὶ ὁ δεσπότης ἐκέχρητο. τμητικὴ δὲ ὕλη ἐστὶν, ἥτις μετὰ τὸ τμηθῆναι πάλιν ἐκ τῶν ῥιζῶν ἢ ἐκ τῶν κλάδων φύει καὶ αὖθις ἀναδίδωσι. οὕτω φησὶ καλλίστρατος [45]) ἐν τῷ ν' [46]) τῶν διγ. βι. τί. ις' διγ. λ'.

Hoc est, ea caedere usufructuario permittimus, quae proprietarius caedere solebat, non autem cogemus eum uti iis, quae caesa sunt, eodem modo quo iis dominus utebatur. Caeterum silva caedua est, quae succisa rursus ex radicibus vel ex ramis crescit et rursus erumpit. Ita dicit Callistratus lib. L. Dig. tit. 16. dig. 30. —

43) In der HS. las ich: ὡς ἔ. εμ. ν ὁλ'τοι ὁ προπρ.

44) Hier ist wohl etwas ausgefallen: es muß (nach Anleitung des lateinischen Textes) heißen: καὶ πιπράσκειν, εἰ καὶ μὴ πιπράσκειν αὐτὸ εἰώθει.

45) In der florentinischen HS. wird in der Inscription dieser Stelle genannt Gajus; in anderen HSS. Paulus.

46) In der HS. steht η' statt ν', eine häufige Verwechslung!

3. Zur Erklärung der l. 15 in f. D. de usufructu.

An dem in der Ueberschrift angegebenen Orte sagt Ulpianus:

„Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest."

Es ist bekannt, wie große Schwierigkeiten diese Worte den Interpreten des römischen Rechts gemacht haben. Einige hielten es für widersinnig, daß der Eigenthümer eines zur Nutznießung gegebenen Grundstücks nicht einmal mit Einwilligung des Nutznießers eine Servitut an dem Grundstücke zu bestellen berechtigt seyn sollte, und nahmen deßhalb zu sehr geschraubten Erklärungen der obigen Worte oder zu noch kühneren kritischen Conjecturen ihre Zuflucht. Andere haben, und wohl mit Recht, geglaubt, bei dem einfachen Sinne jener Worte stehen bleiben zu müssen, und haben dann nur nach den Gründen einer so subtilen Bestimmung geforscht [47]).

Bei dieser Lage der Dinge ist es nicht ohne Interesse, die Meinung eines alten griechischen Juristen kennen zu lernen, die zwar nicht ganz neu, aber doch

47) Vergl. Glück Erläut. d. Pandekten Bd. IX. S. 42 bis 60. Schulting notae ad Dig. ed. Smallenburg ad h. l. Mühlenbruch Lehrb. §. 283. Anm. 2. und die an diesen Orten angeführten Schriftsteller. Marezoll explicantur Ulpiani et Pauli verba in fr. 15. §. ult. frr. 16 et 17. D. VII, 1. de usufr. Lips. 1839. 4.

bemerkenswerth ist. Ich entlehne die betreffende Stelle aus der mehr erwähnten rescribirten Konstantinopolitaner Basilikenhandschrift, wo sie sich unter den sg. Scholien zu Basil. lib. XVI. tit. 1. cap. 15 in fine findet. Leider habe ich nicht die sämmtlichen Scholien zu dieser Stelle entziffern können, sondern nur gerade das Folgende, welches allem Anscheine nach aus dem Digestencommentare des Anonymus (des Antecessor Julianus) oder aus dessen μονόβιβλος περὶ ἐναντιοφανῶν entlehnt ist. Vgl. meine Ausgabe p. 72. Es bezieht sich auf die oben abgedruckten Worte der l. 15. cit. und lautet so:

> Ἐκείνῳ γὰρ ἡ συναίνεσις συμβάλλεται τῷ δυναμένῳ καὶ τὸ πρῶτον ποιῆσαι, ὡς βι. ν' τί. ιζ διγ. γ' θε. δ [48]) διγ. ρξδ' [49]) οὐλπιανοῦ. τὸ δὲ πρῶτον, τουτέστι δουλείαν ἐπιθεῖναι, ὁ σουσουφρουκτουάριος οὐ δύναται. ἀνάγνωθι βι. ια' τί. ζ' διγ. γ' θέ. δ' [50]) ἐναντιούμενον τῷ [51]) προκειμένῳ κανόνι καὶ ἐν τῇ ἀρχῇ τοῦ ιζ' διγ. τούτου τοῦ τίτλου· καὶ ἴσως [διὰ] τὸν εἰρημένον λογισμὸν βι. α' τί. ζ' διγ. μγ', ὅτι διὰ

48) So glaubte ich in der HS. zu lesen. Vielleicht muß es heißen: οὐλπιανοῦ, denn dieser ist Verfasser der l. 3. D. de R. I.

49) In unserer Ausgabe der Digesten ist es l. 165. Es ist noch zu untersuchen, ob hier nur ein Schreibfehler vorliegt.

50) Gemeint ist offenbar die l. 2. §. 7. D. de religiosis. Ob das διγ. γ' θέ. δ' ohne Weiteres zu corrigiren sey, will ich für's Erste dahin gestellt seyn lassen. Vielleicht hatte sich der Schreiber zu dem vorhergehenden Citate verirrt.

51) In der HS. stand ἐν τῷ.

τὸ κοινῇ χρήσιμον καὶ τὸ θάπτεσθαι τοὺς νεκροὺς παρορᾶται τὸ ἀκριβές.

Das heißt:

Ejus enim consensus in computationem venit, qui etiam principale negotium perficere potest, ut lib. L. tit. 17. dig. 3 ... et dig. 164. (165) Ulpiani. Principale autem negotium, hoc est servitutem imponere, usufructuarius non potest. Lege lib. XI. tit. 7. dig. 3. them. 4. (l. 2. §. 7.) aliquid contrarium regulae, quae hic traditur, et initio dig. 17. hujus tituli: forte ob rationem, quae proponitur lib. XI. tit. 7. dig. 43., quod ob publicam utilitatem, et ut cadavera sepeliantur, stricta ratio insuper habeatur.

Unser Anonymus oder Enantiophanes, mit anderen Worten der Antecessor Julianus, war also derjenigen Meinung zugethan, über welche sich Glück Erläuterung der Pandekten Bd. IX. S. 52 f. folgendermaßen geäußert hat.

„Noch unrichtiger argumentiren Diejenigen, welche sagen, die Bestellung einer Servitut sey eine Art der Veräußerung. Wer nun, wie der Usufructuar, nicht alieniren kann, könne auch in keine Veräußerung auf eine rechtsbeständige Art einwilligen. Denn die l. 165. D. de reg. jur., aus welcher man argumentirt, geht nur auf solche Personen, welche, wie z. B. Pupillen, gar nicht gültig consentiren können, wie schon Godefroi (Animadversion. jur. civ. cap. 5.) sehr gründlich dagegen erinnert hat; überdem folgt ja auch noch nicht,

weil der Usufructuar nicht selbst eine Servitut auflegen kann, so kann er auch nicht gültig in die Auflegung einer Dienstbarkeit consentiren." (— ? —)

Ob vielleicht der Ausspruch Ulpian's in l. 15 in f. cit. zusammenhängt mit der Lehre von der *remissio servitutis*? Bei einer servitus jure constituta scheint nach dem klassischen Rechte eine bloße remissio von Seiten des Berechtigten die Servitut noch nicht ipso jure aufgehoben zu haben: zur Aufhebung war hier nöthig, daß der Wille des Berechtigten eben so förmlich ausgedrückt werde, wie nicht bloß das Zugeständniß des Verpflichteten, sondern eine Einkleidung desselben in eine der bekannten Rechtsformen zur Bestellung erforderlich gewesen war. Consentirte nun bloß unförmlich der Nutznießer zu einer Verringerung oder theilweisen Aufhebung des Usufructus, so wird dieß ipso jure nicht wirksam, der Proprietar konnte also nicht darauf hin über den uneigentlich aufgehobenen Theil des Usufructus mit Rechtsbeständigkeit weiter verfügen, mit anderen Worten, er konnte nicht auf den bloßen Consens des Usufructuars hin eine Servitut an der Sache bestellen, woran jenem noch immer schlechthin die Nutznießung zustand. Daß nach dieser Erklärung der Ausspruch Ulpian's nur durch Mißverständniß in Justinian's Digesten aufgenommen, daß er eine unpraktische Antiquität seyn würde, bedarf keines Beweises.

---

4. „Legitima possessio."

Der Kunstausdruck legitima possessio kommt bei Anonymus (dem Antecessor Julianus[1]) in einer Anmerkung zu l. 3. §. 15. D. ad exhibendum vor. Vgl. mein Suppl. edit. Basil. Heimbach. p. 53. Anonymus schreibt:

Τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσὶν ἔννομοι καὶ πολιτικαί, ὥσπερ ἡ ἐπὶ οὐσουκαπίονι· κυρίως γὰρ νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή· αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ὡς ἐπὶ τῶν ἰντερδίκτων· αἱ δὲ φυσικαί, ὡς ἐπὶ τοῦ κομμοδάτου καὶ πιγνερατικίας· ἕτεροι γὰρ νέμονται.

Possessionum aliae sunt legitimae et civiles, ut ad usucapionem: possessio enim proprie est detentio animo domini; aliae legitimae tantum, ut ad interdicta; aliae naturales, ut in commodato et pignore: alii enim possident.

Bei den mancherlei Irrthümern, die sich in diesen wenigen Zeilen finden, mag ich auf den Kunstausdruck legitima possessio nicht viel geben. Aber nicht uninteressant ist, daß schon Anonymus so bestimmt die possessio ad usucapionem von der p. ad interdicta unterscheidet.

---

5. „Dies interpellat pro homine."

Im Cod. Paris. reg. gr. 1351 findet sich fol. 17. recto am Rande folgende noch ungedruckte Stelle aus des Antecessor Stephanus Digestencommentar:

στεφάνου. μάθε κανονικῶς, ὅτι οὐδεὶς τῶν ὑπὸ ἡμέραν τὶ ὀφειλόντων παρασχεῖν συγγινώσκεται μὴ καταβαλὼν, ἐὰν λέγῃ ὅτι διὰ τοῦτο οὐ κατέβαλον, ἐπειδὴ μὴ ὑπεμνήσθην. ὁ γὰρ ὑπὸ ἡμέραν ὀφείλων ἑαυτὸν ὑπομιμνήσκειν ὀφείλει καὶ τὴν τοῦ κρεδίτωρος μὴ περιμένειν ὑπόμνησιν, ὡς ἔστι μὲν καὶ ἀλλαχόθεν μαθεῖν, μάλιστα δὲ ἐν τῷ δ΄ βι. τοῦ κώδ. τί. ξα΄ διατ. β΄.

Stephani. Disce regulariter: Qui sub die aliquid praestare debet, si non solvat, non excusatur, si dicat se ideo non solvisse, quia interpellatus non esset. Qui enim sub die debet, semet ipsum interpellare debet nec exspectare creditoris interpellationem, sicuti et aliunde disci potest, maxime vero ex lib. IV. Cod. tit. 61. const. 2.

---

6. Die simplariae venditiones in l. 48. §. 8. D. de aedil. edicto.

Zur Erklärung dieses Ausdrucks liefert schon das Scholium in Heimbach's Basilikenausgabe to. II. p. 312. einen Beitrag. Aehnlich erklärt sich darüber der Antecessor Stephanus in einer Bemerkung zu l. 2. D. quando de peculio actio annalis est, welche sich in meinem Suppl. editionis Basil. Heimbach. p. 238. findet. Simplaria venditio wird hier verdolmetscht als ἀναπόδοτος πρᾶσις.

V.

Ueber eine milde Stiftung Nerva's.

Von

Herrn D. Mommsen

in Rom.

Das Verzeichniß der Kaiser, welches mit der Wiener Handschrift Histor. Lat. n. 452. olim 56. zuerst Eccard im ersten Bande der historici medii aevi und darauf unter den vetustiora Latinorum scriptorum chronica (Patav. 1787. p. 1. 2. fol.), Roncalli mit dermaliger Collation des, wie es scheint, einzigen Manuscripts herausgegeben hat, ist trotz der barbarischen Sprache, wovon wohl ein Theil dem Abschreiber zur Last fällt, immer ein unverächtlicher Rest aus dem Alterthum, worin uns der beschränkte Sinn des Chronisten, der nur Spenden, Feuersbrünste, Bauten, Vielfresser und dgl. zu registriren wußte, von nicht geringem Nutzen gewesen ist [1]). Es ist eine recht eigentliche

1) Sehr scharfsinnig hat Borghesi vermuthet, daß diese Chronik ursprünglich aus Eusebius entnommen sey, wo bekannt-

Stadt-Chronik von Rom und eben dadurch von Interesse. Zu den merkwürdigsten Notizen darin gehört folgende unter Nerva verzeichnete II., col. 243. Roncalli:

> Nerva imperavit ann. V. m. IIII. d. unum. Cong. dedit * LXXV. et funeraticum plebi urbanae instituit * LXIIS. Excessit hortis Sallustianis.

Diese früher, als ich über die Funeraticien bei den Römern die Nachrichten zusammenstellte, von mir übersehene Notiz ist meines Wissens nur von einem neueren Schriftsteller beachtet worden: von Eckhel in der D. N. VI., 407., der die Stelle aus dem Manuscript anführt und vorschlägt, nach den Münzen dieses Kaisers mit der Inschrift plebes urbanae frumento constituto, zu lesen frumentum statt funeraticum. Mir scheint es indeß unrichtig, das seltene Wort mit dem gewöhnlichen zu vertauschen, und der Text, abgesehen von dem Barbarismus funeraticum statt funeraticium, durchaus gesund. Nicht ganz so leicht wird sich freilich die Bedeutung dieser wenigen Worte feststellen lassen. Funeraticium ist die Summe, welche bei einem Sterbefalle vornehmlich zur Bestreitung der Begräbnißkosten gezahlt wurde; was kann es nun heißen, daß Nerva dieß der Plebs urbana instituirte. Man könnte zuerst auf den Gedanken kommen, daß er über die von den Todtengilden zu zahlenden Funeraticien etwas festsetzte, etwa ein Maximum vorschrieb; aber weder läßt sich für ein solches Gesetz ein vernünftiger Grund finden, noch führen

---

lich dieß Verzeichniß der römischen Kaiser am Schluß des ersten Buches fehlt.

die Worte darauf, welche ziemlich klar auf eine Liberalität des Kaisers hinweisen; noch mehr spricht dafür die Zusammenstellung mit den Congiarien. Die einfachste Erklärung ist, daß der Kaiser verordnete, jedem römischen Bürger, der in Rom domicilirt und nicht Ritter oder Senator war, auf den Sterbefall $62\frac{1}{2}$ Denare = 250 Sesterze auszuzahlen. Daß dieß nicht eine einmalige Liberalität, sondern eine bleibende Stiftung war, ist an sich wahrscheinlich, und wird bewiesen durch den Gebrauch des Wortes instituit. — Allerdings ist von dieser Einrichtung des edlen Kaisers uns, wie es scheint, keine andere Spur erhalten; aber es giebt dieß noch keinen Grund sie zu bezweifeln, zumal da sie in dem schönsten Einklang steht mit dem, was uns sonst von Nerva's Bestrebungen überliefert ist. Rührt doch auch die eben so humane und noch großartigere Institution der Alimentarrenten von ihm her; wer weiß es nicht, wie ähnliche Lagen im Leben es sind, wenn es Kindern an Versorgung oder den Nachbleibenden an dem Gelde zur Bestattung fehlt? Faßt man zusammen, was uns einzeln überliefert ist: die Abschaffung der verderblichen Getreidespenden und der Circusspiele, die freilich nicht durchgesetzt werden konnte; die Versorgung der Waisen und die Uebernahme der Begräbnißkosten auf die Staatskasse, so wird wohl Niemand den Zusammenhang davon verkennen und Niemand auch dem greisen Kaiser seine Bewunderung versagen, der am Ziele seiner Laufbahn noch solche Reformen zu unternehmen und so weit sie durchzuführen vermochte.

VI.

Ueber das Zwölftafelgesetz vom Wegbau.

Von
Herrn Professor D. Bergk
in Marburg.

Die lückenhafte Stelle des Festus S. 351. der Müllerschen Ausgabe:

> Viae sunt et publicae per [quas ire, agere, veher-
> e omnibus licet: privatae, quibus vetitum uti . .
> praeter eorũ, quorũ sunt privatae. [In XII est: Amsegetes
> vias muniunto: dionisam lapides sunt
> qua volet jumenta agito

hat man längst schon mit Recht auf eine gesetzliche Bestimmung der zwölf Tafeln bezogen, und mit Hülfe der Stelle bei Cicero pro Caec. c. 19.: Si via sit immunita, jubet, qua velit, agere jumentum herzustellen versucht. Was aber Müller vorschlägt: Amsegetes vias muniunto, donicum lapides sunt: ni munierint, qua volet jumenta agito, ist schon deßhalb unwahrscheinlich, weil nach lapides sunt keine Spur von einer

Lücke ist, außerdem donicum von dionisam allzuweit ab liegt. Die Verbesserung ist aber auch juristisch unhaltbar, denn durch den beschränkenden Zusatz: donicum lapides sunt würden die Decemvirn ganz in der Weise modernster Gesetzgebung dem Uebertreter den bequemsten Grund, sich der Verpflichtung zu entziehen, selbst an die Hand geben: eine solche Clausel haben jene Männer der Praxis ihrem Gesetze gewiß nicht hinzugefügt. Die ganze Stelle im Zusammenhange hat neulich Herr Professor Huschke in diesen Blättern (Bd. XII., 3. S. 393 ff.) behandelt, wie er auch schon früher einen ähnlichen Restitutionsversuch Müller mitgetheilt hatte: mich hat weder früher die kurze Relation bei Müller, noch auch die ausführliche Begründung Huschke's selbst überzeugt, ich erlaube mir daher einen neuen Versuch hier mitzutheilen.

Was zunächst Herrn Huschke's Ansicht betrifft, daß der Grammatiker habe angeben müssen, jene Stelle der Zwölftafeln beziehe sich auf die viae publicae, demgemäß er ergänzt: Illas spectant XII, dann aber die Einschiebung von amsegetes vor vias verwirft, schon weil der Raum nicht ausreiche, so bemerke ich, daß bei Festus, dem Epitomator des Verrius Flaccus, eine solche Genauigkeit sich nicht voraussetzen läßt. Zudem ist es auch ohne einen solchen Zusatz des Grammatikers klar, daß die Stelle der XII nur auf die viae publicae gehen kann: denn da die gesetzliche Bestimmung sich auf das Pflastern der Straßen (munire vias) bezieht, so kann man, zumal in der Zeit der Decemvirn, nur an

viae publicae denken; um die viae privatae, die ja eigentlich nichts anderes als limites waren, kümmern sich die Zwölftafeln natürlich nicht. Insofern also steht der gewöhnlichen Ergänzung: In XII est: Amsegetes vias muniunto Nichts im Wege. Huschke dagegen, von der eben erwähnten Voraussetzung ausgehend, verlangt: Illas spectant XII: Ni vias muniunt, qui viis *amsegetes* sunt, eine eigentlich gewaltsame Aenderung der überlieferten Schriftzüge, mit der mein philologisches Gewissen sich nicht einverstanden fühlt. Denn bei Stellen, wie die vorliegende, wo der Abschreiber den Sinn nicht verstand, pflegte man die Buchstaben möglichst treu zu copiren, aber keine absichtlichen Veränderungen oder Interpolationen (wie es doch mit lapides für segetes der Fall seyn würde) vorzunehmen. Vor allen aber bei einem Schriftsteller, wie Festus, der nicht oft abgeschrieben seyn wird, wo also die Verderbniß nicht eben zahlreiche Stadien durchgemacht hat, muß jeder Verbesserungsversuch sich eng an die Ueberlieferung anschließen.

Allein auch hinsichtlich der Auffassung des Rechtsverhältnisses *kann ich* mich mit Huschke durchaus nicht *einverstanden* erklären. Huschke schreibt: ni vias mu*niunt* (während bei Festus ganz deutlich der Imperativ muniunto sich findet), indem er in Abrede stellt, daß die Decemvirn gerade die anliegenden Ackerbesitzer zum Wegebau verpflichtet hätten. Aber ich kann mir nicht denken, wie die Decemvirn (was doch Huschke annimmt) dazu kamen, vorzuschreiben, daß im Falle der Unbrauchbarkeit des Weges die Ackerbesitzer es sich gefallen lassen sollen, daß der den Weg Passirende auch über ihre Saaten gehen, treiben oder fahren dürfe. Denn eine solche Verordnung hat doch immer die Verpflichtung der anliegenden Grundbesitzer zum Wegbau zur Voraussetzung, und kann nur als eine sekundäre Bestimmung gelten; die Decemvirn wollen das egoistische Interesse rege machen und dadurch die Vollziehung des Gesetzes bewirken, nicht aber guten Rath ertheilen, wie man bei schlechtem Wege sich zu helfen habe. Und Huschke muß selbst auf S. 396. zugeben, daß die Decemvirn eine natürliche Verpflichtung zum Straßenbau bei den Grund-

4. „Legitima possessio."

Der Kunstausdruck legitima possessio kommt bei Anonymus (dem Antecessor Julianus') in einer Anmerkung zu l. 3. §. 15. D. ad exhibendum vor. Vgl. mein Suppl. edit. Basil. Heimbach. p. 53. Anonymus schreibt:

Τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσὶν ἔννομοι καὶ πολιτικαί, ὥσπερ ἡ ἐπὶ οὐσουκαπίονι· κυρίως γὰρ νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή· αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ὡς ἐπὶ τῶν ἰντερδίκτων· αἱ δὲ φυσικαί, ὡς ἐπὶ τοῦ κομμοδάτου καὶ πιγνερατικίας· ἕτεροι γὰρ νέμονται.

Possessionum aliae sunt legitimae et civiles, ut ad usucapionem: possessio enim proprie est detentio animo domini; aliae legitimae tantum, ut ad interdicta; aliae naturales, ut in commodato et pignore: alii enim possident.

Bei den mancherlei Irrthümern, die sich in diesen wenigen Zeilen finden, mag ich auf den Kunstausdruck legitima possessio nicht viel geben. Aber nicht uninteressant ist, daß schon Anonymus so bestimmt die possessio ad usucapionem von der p. ad interdicta unterscheidet.

---

5. „Dies interpellat pro homine."

Im Cod. Paris. reg. gr. 1351 findet sich fol. 17. recto am Rande folgende noch ungedruckte Stelle aus des Antecessor Stephanus Digestencommentar:

στεφάνου. μάθε κανονικῶς, ὅτι οὐδεὶς τῶν ὑπὸ ἡμέραν τὶ ὀφειλόντων παρασχεῖν συγγινώσκεται μὴ καταβαλὼν, ἐὰν λέγῃ ὅτι διὰ τοῦτο οὐ κατέβαλον, ἐπειδὴ μὴ ὑπεμνήσθην. ὁ γὰρ ὑπὸ ἡμέραν ὀφείλων ἑαυτὸν ὑπομιμνήσκειν ὀφείλει καὶ τὴν τοῦ κρεδίτωρος μὴ περιμένειν ὑπόμνησιν, ὡς ἔστι μὲν καὶ ἀλλαχόθεν μαθεῖν, μάλιστα δὲ ἐν τῷ δ βι. τοῦ κώδ. τί. ξα΄ διατ. β.

Stephani. Disce regulariter: Qui sub die aliquid praestare debet, si non solvat, non excusatur, si dicat se ideo non solvisse, quia interpellatus non esset. Qui enim sub die debet, semet ipsum interpellare debet nec exspectare creditoris interpellationem, sicuti et aliunde disci potest, maxime vero ex lib. IV. Cod. tit. 61. const. 2.

---

6. Die simplariae venditiones in l. 48. §. 8. D. de aedil. edicto.

Zur Erklärung dieses Ausdrucks liefert schon das Scholium in Heimbach's Basilikenausgabe to. II. p. 312. einen Beitrag. Aehnlich erklärt sich darüber der Antecessor Stephanus in einer Bemerkung zu l. 2. D. quando de peculio actio annalis est, welche sich in meinem Suppl. editionis Basil. Heimbach. p. 238. findet. Simplaria venditio wird hier verdolmetscht als ἀναπόδοτος πρᾶσις.

V.

Ueber eine milde Stiftung Nerva's.

Von

Herrn D. Mommsen

in Rom.

Das Verzeichniß der Kaiser, welches mit der Wiener Handschrift Histor. Lat. n. 452. olim 56. zuerst Eccard im ersten Bande der historici medii aevi und darauf unter den vetustiora Latinorum scriptorum chronica (Patav. 1787. p. 1. 2. fol.), Roncalli mit dermaliger Collation des, wie es scheint, einzigen Manuscripts herausgegeben hat, ist trotz der barbarischen Sprache, wovon wohl ein Theil dem Abschreiber zur Last fällt, immer ein unverächtlicher Rest aus dem Alterthum, worin uns der beschränkte Sinn des Chronisten, der nur Spenden, Feuersbrünste, Bauten, Vielfresser und dgl. zu registriren wußte, von nicht geringem Nutzen gewesen ist [1]). Es ist eine recht eigentliche

1) Sehr scharfsinnig hat Borghesi vermuthet, daß diese Chronik ursprünglich aus Eusebius entnommen sey, wo bekannt-

Stadt-Chronik von Rom und eben dadurch von Interesse. Zu den merkwürdigsten Notizen darin gehört folgende unter Nerva verzeichnete II., col. 243. Roncalli:

Nerva imperavit ann. V. m. IIII. d. unum. Cong. dedit * LXXV. et funeraticum plebi urbanae instituit * LXIIS. Excessit hortis Sallustianis.

Diese früher, als ich über die Funeraticien bei den Römern die Nachrichten zusammenstellte, von mir übersehene Notiz ist meines Wissens nur von einem neueren Schriftsteller beachtet worden: von Eckhel in der D. N. VI., 407., der die Stelle aus dem Manuscript anführt und vorschlägt, nach den Münzen dieses Kaisers mit der Inschrift plebes urbanae frumento constituto, zu lesen frumentum statt funeraticum. Mir scheint es indeß unrichtig, das seltene Wort mit dem gewöhnlichen zu vertauschen, und der Text, abgesehen von dem Barbarismus funeraticum statt funeraticium, durchaus gesund. Nicht ganz so leicht wird sich freilich die Bedeutung dieser wenigen Worte feststellen lassen. Funeraticium ist die Summe, welche bei einem Sterbefalle vornehmlich zur Bestreitung der Begräbnißkosten gezahlt wurde; was kann es nun heißen, daß Nerva dieß der Plebs urbana instituirte. Man könnte zuerst auf den Gedanken kommen, daß er über die von den Todtengilden zu zahlenden Funeraticien etwas festsetzte, etwa ein Maximum vorschrieb; aber weder läßt sich für ein solches Gesetz ein vernünftiger Grund finden, noch führen

lich dieß Verzeichniß der römischen Kaiser am Schluß des ersten Buches fehlt.

die Worte darauf, welche ziemlich klar auf eine Liberalität des Kaisers hinweisen; noch mehr spricht dafür die Zusammenstellung mit den Congiarien. Die einfachste Erklärung ist, daß der Kaiser verordnete, jedem römischen Bürger, der in Rom domicilirt und nicht Ritter oder Senator war, auf den Sterbefall 62½ Denare = 250 Sesterze auszuzahlen. Daß dieß nicht eine einmalige Liberalität, sondern eine bleibende Stiftung war, ist an sich wahrscheinlich, und wird bewiesen durch den Gebrauch des Wortes instituit. — Allerdings ist von dieser Einrichtung des edlen Kaisers uns, wie es scheint, keine andere Spur erhalten; aber es giebt dieß noch keinen Grund sie zu bezweifeln, zumal da sie in dem schönsten Einklang steht mit dem, was uns sonst von Nerva's Bestrebungen überliefert ist. Rührt doch auch die eben so humane und noch großartigere Institution der Alimentarrenten von ihm her; wer weiß es nicht, wie ähnliche Lagen im Leben es sind, wenn es Kindern an Versorgung oder den Nachbleibenden an dem Gelde zur Bestattung fehlt? Faßt man zusammen, was uns einzeln überliefert ist: die Abschaffung der verderblichen Getreidespenden und der Circusspiele, die freilich nicht durchgesetzt werden konnte; die Versorgung der Waisen und die Uebernahme der Begräbnißkosten auf die Staatskasse, so wird wohl Niemand den Zusammenhang davon verkennen und Niemand auch dem greisen Kaiser seine Bewunderung versagen, der am Ziele seiner Laufbahn noch solche Reformen zu unternehmen und so weit sie durchzuführen vermochte.

VI.

Ueber das Zwölftafelgesetz vom Wegbau.

Von
Herrn Professor D. Bergk
in Marburg.

Die lückenhafte Stelle des Festus S. 351. der Müllerschen Ausgabe:

> Viae sunt et publicae per [quas ire, agere, veher-
> e omnibus licet: privatae, quibus vetitum uti . .
> praeter eorũ, quorũ sunt privatae. [In XII est: Amsegetes
> vias muniunto: dionisam lapides sunt
> qua volet jumenta agito

hat man längst schon mit Recht auf eine gesetzliche Bestimmung der zwölf Tafeln bezogen, und mit Hülfe der Stelle bei Cicero pro Caec. c. 19.: Si via sit immunita, jubet, qua velit, agere jumentum herzustellen versucht. Was aber Müller vorschlägt: Amsegetes vias muniunto, donicum lapides sunt: ni munierint, qua volet jumenta agito, ist schon deßhab unwahrscheinlich, weil nach lapides sunt keine Spur von einer

Lücke ist, außerdem donicum von dionisam allzuweit ab liegt. Die Verbesserung ist aber auch juristisch unhaltbar, denn durch den beschränkenden Zusatz: donicum lapides sunt würden die Decemvirn ganz in der Weise modernster Gesetzgebung dem Uebertreter den bequemsten Grund, sich der Verpflichtung zu entziehen, selbst an die Hand geben: eine solche Clausel haben jene Männer der Praxis ihrem Gesetze gewiß nicht hinzugefügt. Die ganze Stelle im Zusammenhange hat neulich Herr Professor Huschke in diesen Blättern (Bd. XII., 3. S. 393 ff.) behandelt, wie er auch schon früher einen ähnlichen Restitutionsversuch Müller mitgetheilt hatte: mich hat weder früher die kurze Relation bei Müller, noch auch die ausführliche Begründung Huschke's selbst überzeugt, ich erlaube mir daher einen neuen Versuch hier mitzutheilen.

Was zunächst Herrn Huschke's Ansicht betrifft, daß der Grammatiker habe angeben müssen, jene Stelle der Zwölftafeln beziehe sich auf die viae publicae, demgemäß er ergänzt: Illas spectant XII, dann aber die Einschiebung von amsegetes vor vias verwirft, schon weil der Raum nicht ausreiche, so bemerke ich, daß bei Festus, dem Epitomator des Verrius Flaccus, eine solche Genauigkeit sich nicht voraussetzen läßt. Zudem ist es auch ohne einen solchen Zusatz des Grammatikers klar, daß die Stelle der XII nur auf die viae publicae gehen kann: denn da die gesetzliche Bestimmung sich auf das Pflastern der Straßen (munire vias) bezieht, so kann man, zumal in der Zeit der Decemvirn, nur an

viae publicae denken; um die viae privatae, die ja eigentlich nichts anderes als limites waren, kümmern sich die Zwölftafeln natürlich nicht. Insofern also steht der gewöhnlichen Ergänzung: In XII est: Amsegetes vias muniunto Nichts im Wege. Huschke dagegen, von der eben erwähnten Voraussetzung ausgehend, verlangt: Illas spectant XII: Ni vias muniunt, qui viis *amsegetes* sunt, eine eigentlich gewaltsame Aenderung der überlieferten Schriftzüge, mit der mein philologisches Gewissen sich nicht einverstanden fühlt. Denn bei Stellen, wie die vorliegende, wo der Abschreiber den Sinn nicht verstand, pflegte man die Buchstaben möglichst treu zu copiren, aber keine absichtlichen Veränderungen oder Interpolationen (wie es doch mit lapides für segetes der Fall seyn würde) vorzunehmen. Vor allen aber bei einem Schriftsteller, wie Festus, der nicht oft abgeschrieben seyn wird, wo also die Verderbniß nicht eben zahlreiche Stadien durchgemacht hat, muß jeder Verbesserungsversuch sich eng an die Ueberlieferung anschließen.

Allein auch hinsichtlich der Auffassung des Rechtsverhältnisses kann ich mich mit Huschke durchaus nicht einverstanden erklären. Huschke schreibt: ni vias muniunt (während bei Festus ganz deutlich der Imperativ muniunto sich findet), indem er in Abrede stellt, daß die Decemvirn gerade die anliegenden Ackerbesitzer zum Wegebau verpflichtet hätten. Aber ich kann mir nicht denken, wie die Decemvirn (was doch Huschke annimmt) dazu kamen, vorzuschreiben, daß im Falle der Unbrauchbarkeit des Weges die Ackerbesitzer es sich gefallen lassen sollen, daß der den Weg Passirende auch über ihre Saaten gehen, treiben oder fahren dürfe. Denn eine solche Verordnung hat doch immer die Verpflichtung der anliegenden Grundbesitzer zum Wegbau zur Voraussetzung, und kann nur als eine sekundäre Bestimmung gelten; die Decemvirn wollen das egoistische Interesse rege machen und dadurch die Vollziehung des Gesetzes bewirken, nicht aber guten Rath ertheilen, wie man bei schlechtem Wege sich zu helfen habe. Und Huschke muß selbst auf S. 396. zugeben, daß die Decemvirn eine natürliche Verpflichtung zum Straßenbau bei den Grund-

besitzern voraussetzen, obwohl er vorher behauptet hatte, daß sich dafür kein alt-civiler Rechtsgrund denken lasse. Aber die Decemvirn haben gewiß auch hier nur das, was schon längst als Sitte bestand, rechtlich fixirt. Für wegsame Straßen zu sorgen ist die Pflicht jedes Staates, der sich über das Moment der Natürlichkeit erhoben hat: daß aber diese Pflicht nicht unmittelbar vom Staate selbst, sondern von den zunächst dabei betheiligten Bürgern erfüllt wird, liegt eben im Charakter des alt-römischen Staates. So ist also kein Grund vorhanden, eine solche Bestimmung dem Zwölftafelgesetze streitig zu machen; jene Stelle bei Cicero setzt die Verordnung vias muniunto nothwendig voraus, bei Festus erscheint sie klar ausgesprochen; eine Kritik also, welche diese Basis zerstört, kann schwerlich gebilligt werden.

In den verdorbenen Worten dionisam lapides sunt kann wohl nichts anderes liegen, als was Cicero sagt: Si via immunita sit, nur wird dort die gesetzliche Bestimmung koncret ausgedrückt gewesen seyn, die hier in mehr abstracter Fassung erscheint; und zwar bietet sich als Anfangspunkt offenbar ni in dem verdorbenen Worte dar; das Folgende sam kann schwerlich etwas anderes seyn, als sani, also ni sani lapides sunt, wenn das Pflaster nicht im guten Zustande ist, d. i. si via immunita est. Die Erwähnung der Steine ist ganz richtig, wie schon das vorausgegangene munire zeigt, was der technische Ausdruck vom Anlegen solcher Steinwege ist, welche das Alterthum vorzugsweise kannte. Sanus empfiehlt sich als echt-volksthümlicher Ausdruck, wie unser heil, im Griechischen ἀκεῖσθαι für ausbessern, und Aehnliches, wenn ich auch im Lateinischen kein vollkommen analoges Beispiel nachweisen kann; wem übrigens das Wort bedenklich erscheint, der kann salvi substituiren. Was das Uebrige betrifft, so hebt sich nun die Schwierigkeit ganz einfach, indem wir die drei Buchstaben dio unter beide Sätze vertheilen; d ist die bekannte archaistische Paragoge, die zu dem vorausgegangenen Imper. gehört, muniuntod, io ist alterthümliche Form für eo, und zu dem Folgenden als genauere Ortsbestimmung zu zie-

hen, wenn da der Weg nicht im guten Stande ist. Dieß paragogische d läßt sich zwar sonst im Lateinischen nicht mehr am Imperativ nachweisen, aber in dem verwandten oskischen Dialekte, der vorzugsweise das archaistische Element bewahrt hat, erscheint es regelmäßig, so estud auf der Tab. Bant. 12., 23., 29., 30.; likitud ebendas. 13., 18., (zweimal) 26., 27. und auf dem Cippus Abell. 36. Hier hat sich die Form muniuntod nur vermittelst des Verderbnisses, was sie eben vorzugsweise veranlaßt hatte, erhalten; deshalb verlange ich aber nicht im Folgenden agitod, da eine Consequenz in solchen Dingen von Sprachen, die noch keine litterarische Ausbildung haben, nicht anerkannt zu werden pflegt. Io für eo wird schon durch die später noch gebräuchlichen Formen ii und ei, iis und eis gesichert. Doch kann es verschrieben seyn. Daß io vorangeht, ist ganz so wie in einem andern Zwölftafelgesetz bei Cic. ad Herenn. II., 13.: Rem ubi pagunt, orato.

Es bleibt uns nur der Anfang des Gesetzes noch übrig: vias muniunto reicht nicht aus, es muß nothwendig bestimmt werden, wer den Weg zu bauen hat. Man hat gewiß mit Recht die Glosse des Paulus Diaconus: Amsegetes dicuntur, quorum ager viam tangit zur Ergänzung verwendet. Aber dies kann amsegetes nicht heißen, was wohl überhaupt kein lateinisches Wort ist, sondern nur den Interpreten der XII seinen Ursprung verdankt, die zwar mit richtigem Gefühl den Sinn des Gesetzes erkannten, aber kein klares Bewußtsein der Sprache besaßen. Man vergleicht damit die Glosse desselben Grammatikers: Amtermini, qui circa terminos provinciae manent, aber diese beweist gerade die Unstatthaftigkeit jener Erklärung. Amtermini heißen die Grenzbewohner, und so konnten amsegetes nur die heißen, welche um die Flur herum, in der Nähe des Feldes wohnen; hieraus folgt aber garnicht, daß ihre Flur von einer via publica berührt ward, und doch sind offenbar nur die Besitzer der anliegenden Grundstücke zum Straßenbau verpflichtet, wie dies auch jene Erklärer richtig erkannten. Es ist ganz einfach in zwei getrennten Worten zu schreiben: Am segetes vias muniunto;

d. h. die Straßen, soweit sie an ihre Flur stoßen, sollen sie bauen. Ein Gesetz, was ebenso klar ausgedrückt als vernünftig ist. Die Interpreten, denen der archaistische Gebrauch von am als Präposition nicht gleich gegenwärtig war (vgl. Cato bei Macrob. I., 14. nach der Restitution von L. v. Jan: orator an terminum) glaubten in amsegetes das Subjekt zu finden, was allerdings sehr nahe lag, und verfielen so auf jene unrichtige Erklärung. Das Gesetz über den Wegbau würde demnach so lauten:

Am segetes vias muniuntod: eo ni sani lapides sunt, qua volet, jumenta agito.

Auf dieses Gesetz der Decemvirn bezieht sich auch die anschauliche Schilderung bei Cato de Re Rust. c. 2., wo der Vilicus sich entschuldigt, daß in der Abwesenheit des Herrn so wenig gethan sey: Dicit vilicus sedulo se fecisse, servos non valuisse, tempestates malas fuisse, servos aufugisse, opus publicum effecisse. Aber diese Entschuldigung läßt Cato nicht gelten: Per ferias potuisse fossas veteres tergeri, viam publicam muniri, vepres recidi, hordum fodiri, pratum purgari, virgas vinciri, spinas runcari, expinsi far, mundicias fieri.

Schließlich noch ein paar Worte über die Glosse des Festus; hier fehlt bei eorum ein Substantiv, und ebenso ist die Wiederholung von privata unstatthaft; hier aber ist gewiß jenes fehlende Substantiv zu finden. Privatwege kann ein Dritter benutzen, entweder wenn er vermöge einer auf dem Grundstücke haftenden Servitut berechtigt ist, oder der Eigenthümer es freiwillig gestattet, also ist wohl zu schreiben:

Viae sunt et publicae, per [quas ire, agere, vehere omnibus licet, [et] privatae, quibus vetitum uti [aliis] praeter eorum, quorum sunt, autoritate. [In XII est: Amsegetes.

Doch will ich für den Ausdruck autoritate nicht gerade einstehen.

Zeitschrift
für
geschichtliche
Rechtswissenschaft,

herausgegeben

von

F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn

und

A. A. F. Rudorff.

Band XIV. Heft 2.

Berlin,
in der Nicolaischen Buchhandlung.
1847.

VII.

Ueber die usucapio pro herede, fiduciae und ex praediatura.

Von

Herrn Geheimen Justizrath und Prof. D. Huschke

in Breslau.

Wenn seit der Wiederauffindung der ächten Institutionen des Gaius über die usucapio pro herede außerordentlich viel, über die beiden andern in der Ueberschrift bezeichneten Usucapionen, die Gaius mit der ersteren zusammenstellt (2., 52—61.; vgl. 3., 201.), fast gar nichts geschrieben ist, so erklärt sich dieses hinreichend aus der noch praktischen Bedeutung der ersteren, welche den letzteren beiden völlig abgeht, und aus dem Interesse, früher bekannte Zeugnisse, welche bloß für die pro herede usucapio vorhanden waren, durch Hülfe der später entdeckten besser zu erläutern, oder sie mit ihnen in Einklang zu bringen. Nicht aber möchte hierdurch die isolirte Behandlung der ersten und die völ-

lige Vernachlässigung der letzten beiden Usucapionen, selbst nicht einmal im Interesse der ersten, auch gerechtfertigt seyn. Denn da alle drei in der wichtigsten Anomalie, daß sie auch dem malae fidei possessor gestattet sind, und die ersten beiden auch noch darin, daß sie an unbeweglichen wie beweglichen Sachen in Einem Jahre vollendet wurden, einander gleich stehen, so ist es wenigstens höchst wahrscheinlich, daß ihnen, so weit diese Uebereinstimmung reicht, ein gemeinsames Princip zum Grunde liege, dessen Auffindung nicht verfehlen kann, auf jede einzelne ein helleres Licht zurückzuwerfen. Als ein Versuch, dieses gemeinsame Princip nachzuweisen und auch die andern beiden Usucapionen in den Bereich einer lebendigen rechtsgeschichtlichen Erkenntniß hineinzuziehen, möge die nachfolgende Abhandlung betrachtet werden. Die Natur der Sache bringt es aber mit sich, daß das Gemeinsame dieser drei Usucapionen doch nur durch Ergründung einer jeden einzelnen für sich zur Anschauung kommen kann. Daher handeln wir denn von ihnen nach einander und zwar aus verschiedenen nahe liegenden Gründen in derselben Ordnung, in welcher sie bei Gaius vorkommen.

A. Die usucapio pro herede.

Das Institut der Usucapion ist zwar ein civilrechtliches, nicht aber auch durch ein bestimmtes Gesetz eingeführt. Gewöhnlich nimmt man zwar für ein solches die bekannte Vorschrift der zwölf Tafeln: Fundi biennium, ceterarum rerum annus usus auctoritas esto.

Allein die Worte selbst ergeben [1]), daß damit bloß die bisher nach dem Gewohnheitsrecht ohne Zweifel noch von dem Ermessen der Obrigkeit abhängige Zeitdauer des usus, der zugleich eine auctoritas sey [2]), auf ein bestimmtes Maaß zurückgeführt werden sollte, so wie später für die auch durch Gewohnheitsrecht aufgekommene longi temporis possessio et praescriptio eine ähnliche gesetzliche Fixirung des longum tempus erfolgte. Beruhte nun die usucapio selbst auf Gewohnheitsrecht, so sind aus ihm auch die wichtigsten Grundsätze über ihren Zweck, ihren Umfang, ihre Erfordernisse und ihre Wirkung abzuleiten. Demnach muß man sich auch hüten, gewisse Erfordernisse des später zu voller Reife entwickelten Instituts, wie die bona fides, als eine äußerlich gegebene Regel aufzufassen, von der nur in gewissen Fällen Ausnahmen gegolten hätten, sondern vielmehr aus der Grundidee des ganzen Instituts zu begreifen suchen, weßhalb in gewissen Fällen die b. f. erfordert wurde, in andern nicht.

Diese Idee läßt sich durch eine Vergleichung des

1) So versteht sie auch offenbar Gaius, der sich 2., 42. bloß für die Zeitdauer der Usucapion auf die zwölf Tafeln, für die Usucapion selbst 2., 44. auf das receptum est beruft. Aehnlich heißt es auch in pr. I. de usuc. (2., 6.) Iure civili constitutum erat.

2) Dieses ist nämlich die richtige Deutung dieser vielfach erklärten Zusammensetzung. Auctoritas ist hier, wie sonst, die Wahrung (um das Recht selbst), Bekräftigung, Gültigkeit, und man muß also übersetzen: der Gebrauch, welcher zugleich eine Bekräftigung ist, soll an einem Grundstück zwei, an andern Sachen ein Jahr seyn.

usus in seiner Bedeutung für das objective und für die subjectiven Rechte am besten zur Anschauung bringen. So wie das objective Recht vermöge der Unvollkommenheit menschlicher Voraussicht nicht bloß auf Gesetzen beruhen kann, sondern daneben des mit der Uebung selbst entstehenden und sich festsetzenden Gewohnheitsrechts nothwendig bedarf, so reichen auch für die subjectiven Rechte bei dem nothwendigen Wechsel des Eigenthums der Sachen unter den den Staat bildenden Personen die unter ihnen zu diesem Behufe abgeschlossenen Geschäfte und sonstigen Acquisitionen allein nicht hin, die Gewißheit des Eigenthumserwerbs zu gewährleisten, weil theils die vom objectiven Rechte vorgeschriebenen Erwerbe dem wirklichen Bedürfnisse nicht vollständig entsprechen, theils auch in den Titeln, aus denen man Sachen erwirbt, ein schwer zu entdeckender Fehler liegen kann, z. B. mangelndes Eigenthum des Auctor, und muß daher, wenn die dem Staate vor Allem unentbehrliche Rechtssicherheit erreicht werden soll, auch hier der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzten Ausübung des Rechts die Macht beigelegt werden, die Stelle eines wahren auctor zu vertreten, eine auctoritas, Gültigmachung, Bekräftigung, zu seyn. Gesetzgebung und Gewohnheitsrecht haben die Grundlage des ius gentium zur nothwendigen Voraussetzung, und entwickeln sich auf dieser als zwei selbstständige, rechtsbildende Mächte, indem die lange Gewohnheit nicht bloß das gesetzliche Recht erläutert und näher bestimmt, sondern auch eigene neue Rechtssätze schafft. Ebenso setzen

die derivativen Erwerbe im Staate und die Verjährung die originairen Erwerbe, welche sämmtlich iuris gentium sind, voraus; sind aber durch diese die Sachen einmal in den Verkehr des Staats gekommen, so hat die Verjährung auch nicht bloß die Bedeutung, unvollständige derivative Erwerbe zu ergänzen [3]), sondern auch selbstständig durch bloße Uebung eines Rechts das Recht wirklich zu erzeugen [4]). So wie ferner die Gewohnheit, um ein Gewohnheitsrecht bilden zu können, ein Rechtsprincip wollen muß, ebenso muß auch der zur auctoritas führende usus mit dem Willen ein subjectives Recht auszuüben verbunden seyn [5]), und wie die Gewohnheit, wenn sie ein gesetzliches oder auf der ratio naturalis beruhendes Recht abzuschaffen vermögen soll, ihm gegenüber kein Mißbrauch seyn darf, sondern von einer eigenen ebenfalls rechtlichen Idee angeregt seyn muß, welche sie durch die Länge der Zeit zu einer den bisherigen Rechtssatz überwindenden Macht steigert, so auch der usus, indem er nur dann fremdes Eigenthum zu zerstören fähig ist, wenn er auf eine factisch rechtliche Art und Weise angefangen hat. Die weitern Erfordernisse der nicht verborgenen, ununterbrochenen und hinreichend langen Uebung übergehend, welche auch bei der Verjährung in entsprechender Weise wiederkeh-

---

3) Der Fall der Usucapion des bonitarischen Eigenthümers.

4) Der Fall der Usucapion, wodurch ein Nichteigenthümer Eigenthum erwirbt.

5) Das Erforderniß des mit dem Willen Eigenthümer zu seyn verbundenen Besitzes.

ren [6]), bleiben wir bei dem zuletzt gedachten stehen; denn auf ihm beruht bei der Usucapion das Erforderniß des iustum initium und meistens auch der bona fides.

Es giebt nun zwei Hauptarten von derivativen Erwerben, singularum rerum und per universitatem, welche — die Sache im Ganzen angesehen [7]) — zugleich mit dem Unterschiede des Verkehrs unter Lebendigen und der Vererbung zusammenfallen. Beide unterscheiden sich auf mehrfache Weise von einander. Singularerwerbe betreffen die einzelnen Sachen als solche, mithin, so zu sagen, die äußere Seite der familia (die pecunia), welche in jene ausgeht, und setzen ein coordinirtes Verhältniß des Erwerbers zu der Persönlichkeit und familia dessen, von dem er erwirbt, voraus, so daß der Erwerb nicht anders möglich ist, als mit Ueberwindung und Aufhebung des Rechts des bisherigen Eigenthümers. Im Falle der per universitatem acquisitio von einem Verstorbenen succedirt man dagegen nicht in irgend eine einzelne Sache als solche, sondern die familia des Verstorbenen selbst, welche nur als die innere universale Seite in jeder Erbschaftssache mit liegt, und man steht nicht in einem coordinirten Verhältniß zu irgend einer anzuerkennenden Persönlichkeit, von der man erwärbe, sondern macht in der That einen

6) Ueber die nicht versteckte Ausübung vgl. L. 4. pr. D. pro suo (41., 10.).

7) Denn genauer betrachtet giebt es auch per universitatem acquisitiones unter Lebendigen, wie die Adoption, in manum conventio u. s. w., und singularum rerum acquisitiones mortis causa, wie das Legat.

einseitigen absoluten Erwerb, weil die einzige Person, mit welcher man zu thun hat, als eine interessirte und lebendig berechtigte eben nicht mehr vorhanden ist und durch ihr Wegfallen die Ueberlebenden berechtigt hat, ihre Person anstatt der verstorbenen an deren Nachlaß ebenso geltend zu machen, wie es der Mensch z. B. an wilden Thieren oder im Kriege kann [8]).

Machen wir nun hiervon Anwendung auf die Usucapion als die von der factischen Seite her durch bloße fortgesetzte Ausübung sich vollziehende Erwerbsart, so ergeben sich folgende wichtige Unterschiede zwischen dem Erwerbe eines Nachlasses und einzelner Sachen.

1. Hinsichtlich der Sache selbst besitzt der Singularerwerber die einzelne Sache als solche und es gilt also für diese Usucapion der wichtige Unterschied, daß Grundstücke nach den zwölf Tafeln erst in zwei Jahren, andere (also bewegliche) Sachen in einem Jahr usucapirt werden. Der universelle Nachfolger besitzt dagegen jedenfalls nicht die einzelne Sache als solche, weßhalb auf den Unterschied der beweglichen und unbeweglichen Sachen für diesen Besitz nichts ankommen kann, sondern er eignet sich factisch die in ihr mit liegende hereditas oder familia des Verstorbenen an, die im Sinne der zwölf Tafeln unläugbar zu den ceterae res gehörte, nicht etwa aus dem rein äußerlichen negativen Grunde, daß sie jedenfalls kein fundus ist, sondern weil sie als die sächliche Seite einer Person in

8) Gai. 2., 9. . . . res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.

der That unter die Kategorie der Moventien fiel, der Ehefrau ähnlich, welche auch in Einem Jahre durch usus in die manus des Mannes überging [9]).

---

9) Gai. 2., 53. Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur. §. 54. Quare autem etiam hoc casu soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno. ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est et quamvis postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit. Hiernach scheint Gaius den alten Juristen eine ganz äußerliche Auslegung der zwölf Tafeln beizumessen; mit wie wenig Recht, zeigt theils die ja auch in der Kaiserzeit beibehaltene Jahresfrist, von der man sonst eben so gut hätte abgehen können, wie von der usucapio hereditatis, theils die zwei Jahre, welche man für den Verlust der Servituten an Grundstücken durch non usus, die usucapio libertatis praediorum und die usureceptio aquae ductus und aquae haustus ohne Zweifel von jeher annahm. Paul. S. R. 1., 18. §. 2. L. 13. C. de servit. (3., 34.). Denn hätte man ohne Berücksichtigung des positiven Inhalts dieser Rechte sie nach einer bloß äußerlichen Auslegung der Zwölftafelvorschrift beurtheilt, so hätte man auch sagen müssen, daß Servituten kein fundus seyen und folglich als ceterae res in einem Jahre usucapirt werden müßten. — Uebrigens ist längst bemerkt worden, daß mit dem Zeugniß des Gaius über die annua usucapio pro herede Plin. ep. 5., 1. nicht im Widerspruch stehe. Dieser erwähnt einen Fall, wo er zum Erben eingesetzt war und ein enterbter Sohn der Erblasserin das Testament mit der Querel umstoßen wollte, und sagt zu diesem: Scis, te non subscripsisse mecum, et iam biennium transiisse, omniaque me usucepisse. Es waren nämlich zufällig schon zwei Jahre und damit jedenfalls auch die Usucapionszeit pro herede abgelaufen. Schwerlich aber konnte in diesem Falle überhaupt von einer eigentlichen pro herede usucapio die Rede seyn; denn der Eigenthümer, was



Im Uebrigen ließ sich noch eine doppelte Auffassung des Objects dieses Besitzes und dieser Usucapion denken. Man konnte sagen: indem Jemand als universeller Nachfolger des Verstorbenen Erbschaftssachen in Besitz nimmt, ergreift er dadurch die Erbschaft, mithin die Repräsentation des Verstorbenen selbst, und macht sich also durch die Usucapion zum heres, demjenigen ähnlich, welchem eine noch nicht angetretene Intestaterbschaft in iure cedirt wird [10]). Nach dieser Ansicht würde es drei Arten, heres zu werden, gegeben haben, durch Testament, durch Gesetz und eine beiden derogirend entgegesetzte durch Usucapion, und der Usucapient wäre, wenn er andere Erbschaftsusucapienten oder besitzende Testaments- oder gesetzliche Erben neben sich gehabt hätte, ihnen zu einem Kopftheile accrescirt, hätte zu diesem Theile auch die Schulden des Erblassers anerkennen müssen und würde auch in allen anderen Beziehungen als ein wirklicher heres zu betrachten gewesen seyn. Man kann aber auch sagen: wer pro herede usucapiren will, eignet sich nur die Erbschaftssachen, d. h. die Erbschaft, in so weit sie in den in Besitz genommenen Sachen ist, an, und wird auch durch die

---

Plinius durch die Einsetzung und Antretung war, kann nicht mehr usucapiren. Nur werden die Centumvirn in diesem Falle den Erben ebenso behandelt haben, als hätte er usucapirt, weil er ja selbst dann, wenn er nicht Erbe gewesen wäre, diese Sachen dem Notherben nicht herauszugeben gebraucht hätte. Auch hierin zeigt sich das höhere und freiere Recht der Centumvirn; für das gewöhnliche Recht hätte es einer ausdrücklichen Anordnung bedurft. Vergl. Gai. 3., 73.

10) Gai. 2., 35. 3., 85.

Usucapion nur Eigenthümer dieser Sachen, nicht Erbe, demjenigen ähnlich, welcher neben einem ex asse berufenen Erben mit Beschränkung auf einzelne Sachen zum Erben eingesetzt ist [11]).

Es ist nun die Frage, wann und wie lange die erstere Ansicht, welche Gaius als die ältere anführt [12]), gegolten hat. Auf den ersten Blick scheinen noch einige Stellen des Cicero sie auszusprechen:

Ad Attic. 1., 5. de Tadiana re Tadius mecum collocutus est, te ita scripsisse, nihil esse iam, quod laboraretur, quoniam hereditas usucapta esset.

Pro Flacc. 34. Si qua tibi in Africa venerit hereditas, usu amittes?

Aber bei einem Nichtjuristen und in der Sprache des gemeinen Lebens ist das Wort hereditas nicht zu pressen, wie auch Seneca [13]) in diesem Sinne es für eine bloße Wortklauberei erklärt, wenn die Juristen sagten, die hereditas könne nicht usucapirt werden, wohl aber die Sachen in der hereditas. Und andere Stellen des Cicero zeigen, daß nicht bloß zu seiner Zeit, sondern auch schon viel früher durch die pro herede

11) L. 35. pr. D. de hered. instit. (28., 5.) L 13. C. eod. (6., 24.). Auch kann man den Erwerb dessen vergleichen, dem eine angetretene Erbschaft in iure cedirt wird.

12) Gai. 2., 54.

13) Senec. de benef. 6., 5. Iurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quae in hereditate sunt: tanquam quidquam aliud sit hereditas, quam ea, quae in hereditate sunt.

usucapio nur der Erbschaft Sachen entzogen, nicht die Erbschaft selbst erworben wurde. Wenn er Top. 6. die hereditas definirt als pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure, nec ea aut legata testamento aut possessione retenta, so gehen die beiden letzten Worte ohne Zweifel auf die Usucapion pro herede, welche das in Besitz Genommene dem die Erbschaft vindicirenden heres gegenüber zu behalten berechtigt, zeigen aber auch, daß die usucapirte pecunia nicht selbst hereditas war. Eine ähnliche Ansicht liegt offenbar auch der spätern Bestimmung über die sacra privata eines Verstorbenen zum Grunde, wonach zuerst die heredes, dann derjenige, welcher von Todeswegen (also z. B. auch durch pro herede usucapio) oder durch Legat eben so viel, wie die Erben zusammengenommen, erhalten hat, tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, cum moritur, usu ceperit plurimum possidendo, sie übernehmen soll [14]). Dagegen scheint nach der älteren Doctrin [15]): hereditate, aut si maiorem partem pecuniae capiat; aut si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit, die usucapio pro herede noch als ein der testamentarischen oder gesetzlichen Erbfolge nur mit minderem Rechte coordinirter Erwerb der hereditas selbst gedacht zu werden, dergestalt, daß, wer neben dem heres oder den heredes selbst Erbschaftssachen in Besitz genommen hatte, zugleich die Hälfte der hereditas und

14) Cic. de legib. 2., 19.
15) Cic. ibid.

die in Besitz genommenen Sachen durch Verjährung erwarb, auf welche Weise er denn maiorem partem pecuniae als der Erbe selbst bekam, wenn die von ihm in Besitz genommenen Sachen mehr betrugen, als die, welche die Erben besaßen. Während nämlich nach der neuern Theorie die Usucapienten pro herede neben vorhandenen heredes ganz unberücksichtigt bleiben, während sie nur neben den Legataren vorkommen oder selbst erst auf diese folgen, und mehrere solche Usucapienten, von denen einer das Meiste erworben hat, vorausgesetzt werden — welches Alles auf einen dem Erbschaftserwerbe ganz fremden bloßen Erwerb von Sachen der Erbschaft hindeutet, der selbst noch dem des Legatars nachsteht, — stellt die ältere Theorie sie vor die Legatare unmittelbar nach und zu den heredes, verpflichtet sie also auch dann, wenn heredes vorhanden sind, und geht nicht so, wie bei den Legataren, von der Voraussetzung, daß eine Mehrheit von Personen etwas von dem die Hälfte übersteigenden Theile, sondern von der, daß Einer diesen Theil ganz erlangt habe, aus, — lauter Indicien, daß man sich den Usucapienten pro herede als einen Universalsuccessor, als solcher den Legataren noch vorgehend, und unter der maior pars pecuniae zugleich einen idealen Theil der Erbschaft vorstellte. Doch wäre wohl zuzugeben, daß man schon frühzeitig und sobald man die familia defuncti nicht mehr als die rigide persönliche Einheit seines Guts auffaßte, sondern sie selbst und die Sachen in ihr zu unterscheiden anfing (familia pecuniaque Gai. 2., 104.), auch Bedenken

getragen habe, den Usucapienten geradezu noch als heres zu denken und auch in die Erbschaftsforderungen und Schulden eintreten zu lassen. Darauf deutet wenigstens die Unterscheidung der hereditas und capio maioris partis pecuniae neben ihrer Zusammenstellung.

Ein ganz sicherer Beweis für die Angabe des Gaius, daß die possessio et usucapio pro herede einst auf die hereditas selbst bezogen worden sey, liegt aber in der prätorischen bonorum possessio. Offenbar ist diese ursprünglich nichts weiter als eine prätorische Regulirung der eigenmächtigen Besitznahme des Nachlasses zum Behuf der Verjährung, wie besonders das nur auf körperliche Sachen sich beziehende interdictum Quorum bonorum beweist. Wenn nun der Prätor unter bona hier die universitas bonorum versteht, so muß auch das eigenmächtige Besitzergreifen vom Nachlaß wenigstens ursprünglich diesen Gegenstand gehabt haben [16]),

16) Damit ist nicht unverträglich, daß die prätorische b. p., wie das ohne Zweifel älteste Rechtsmittel des b. possessor, das Interdict quorum bonorum, zeigt, ursprünglich und wohl noch lange Zeit hindurch bloß auf die körperlichen Sachen der Erbschaft sich bezog — wie denn auch die letzte Classe in der Uebernahme der sacra nach späterem Recht (s. Anm. 22.) zu erkennen giebt, daß der Fall oft vorkam, wo der Schuldner durch den Tod des Erblassers völlig frei wurde, was sich in dem Stadium der b. p., wo sie auch zu utiles actiones gegen die Schuldner des Erblassers berechtigte, nicht wohl denken läßt. Die b. p. knüpfte nämlich an den Zustand der civilrechtlichen possessio pro herede, den sie vorfand, an, und da dieser ursprünglich eine per universitatem acquisitio war, so nahm sie auch dieses Princip in sich auf, obwohl sie es, so lange sie nur der usucapio pro herede diente, noch nicht vollständig entwickeln konnte, was erst

wenn es auch zur Zeit des Ursprungs der prätorischen b. p. nur noch eine Usucapion der körperlichen Sachen zur Folge hatte. Eben darauf führt denn auch die Einfachheit der ältesten Zeit, in welcher der Nachlaß eines Römers auch der Erscheinung nach eine um sein Grundstück sich gruppirende Einheit bildete und das Aeußere und Innere des Vermögens (res hereditariae und hereditas) noch so unentfaltet zusammenlagen, daß man einerseits auch das Grundstück heredium nannte und demgemäß andererseits auch das Innere als etwas durch das Aeußere Besitzbares betrachten mußte. Mit zunehmender Entwickelung der Staats- und Rechtsverhältnisse trat aber Inneres und Aeußeres auch in der Hinterlassenschaft immer mehr auseinander. Der Prätor, welcher mit obrigkeitlicher Gewalt objective Rechtssätze einführte und mit seiner b. p. zugleich die Unbilligkeiten der civilen Erbfolge ausgleichen wollte, konnte und mußte nun zwar seine b. p. fortdauernd als eine Universalsuccession auffassen. Ja, dieser Gesichtspunkt mußte mit der Zeit immer entschiedener aufgefaßt und damit die b. p. der hereditas immer mehr angenähert werden, weil das Interesse, das Civilrecht zu ergänzen und zu verbessern, über dem, die Ordnung bei der possessio hereditatis aufrecht zu erhalten, immer mächtiger wurde. Anders aber mit dem Besitz pro herede zum Behuf der Verjährung, dessen Beurtheilung der Jurisprudenz nach seiner natürlichen Wahrheit anheimfiel.

---

später geschah, als der Prätor sie zu einer selbstständigen Art der Erbfolge ausbildete.

Hier mußte man, umgekehrt, sobald jene Scheidung des Innern und Äußern erfolgte, und je weiter sie fortschritt, sich immer mehr bewußt werden, daß die hereditas als solche nicht, sondern bloß die res hereditariae besitzbar seyen. Das mittlere Stadium dieser Entwicklung zeigt uns jene ältere Theorie über die sacra, in der zwar noch die hereditas selbst, aber doch nur als pecunia in und mit den res hereditariae, so weit man sie in Besitz genommen hatte, erscheint [17], und dieser Universalerwerb bereits dem eigentlichen heredem esse als ein secundärer entgegengesetzt wurde [18]. In der Folge aber schied man ganz scharf zwischen dem rein ideal gewordenen Inbegriffe des nun oft in vielen Landgütern, Häusern, Waarenlagern u. s. w. sehr zerstreut umherliegenden Nachlasses und diesen körperlichen Sachen, aus denen er bestand. Der erstere, als etwas

---

17) Ursprünglich hätte man nämlich sagen müssen, daß, indem der Besitzer die ipsa hereditas ersitze, er auch Eigenthümer der übrigen Sachen, welche er nicht in Besitz genommen hatte, und Mitrepräsentant des Verstorbenen in Forderungen und Schulden werde.

18) In dieser überhaupt schon [illegible] Zeit — etwa nach den zwölf Tafeln — kam es oft schon vor, daß Jemand mehrere Grundstücke, die als Centralpunkte seines ökonomischen Lebens gelten konnten, hatte, namentlich ein Haus in der Stadt und einen Acker auf dem Lande. Daher denn auch die concentrirte Auffassung der maior pars pecuniae. Nach einer ganz ähnlichen Rechtsentwicklung sollte zufolge Bestimmungen in der zweiten (ebenfalls wieder [illegible]) Kaiserperiode der Erbe wegen Fideicommissen da belangt werden müssen, ubi maior pars hereditatis est (L. 50. pr. D. de iudic. 5, 1.), wogegen man die Klage früher gewiß im Wohnorte des Verstorbenen hatte anstellen müssen.

Unkörperliches, konnte nicht mehr zur Usucapion besessen werden, wohl aber die letzteren, bei denen jedoch darin keine Aenderung eintrat, daß sie immer noch als erscheinende, verkörperte Erbschaft, nicht als einzelne Sachen aus der Erbschaft, und daher auch immer noch als eine der ceterae res usucapirt wurden [19]) — ebenso wie der Erwerber der körperlichen Sachen durch in iure cessio hereditatis aditae immer doch nur hereditatem suam ex i. Qu. esse vindicirte.

Noch eine Spur der Ansicht, daß pro herede die Erbschaft als universitas, nicht die Sachen, in denen sie erscheint, besessen werden, oder wenigstens die Spur einer Unklarheit hierüber enthält folgende Stelle:

> L. 2. D. de usurp. (41., 3.) Iavolenus lib. 6. Epistolarum. — Ei, a quo fundum pro herede diutius possidendo capturus eram, locavi eum: an ullius momenti eam locationem existimes, quaero. quod si nullius momenti existimas, an durare nihilominus usucapionem eius fundi putes? Item quaero, si eidem vendidero eum fundum: quid de his causis, de quibus supra quaesii, existimes? Respondit, si is, qui pro

19) Ganz ebenso nahm man in der Kaiserzeit, und gewiß auch schon in der letzten Zeit der Republik an, daß nicht eine Heerde als solche, sondern nur die Häupter, aus denen sie besteht, usucapirt werden können. L. 30. §. 2. D. de usurpat. (41., 3.). Doch aber werden sie immer nicht als einzelne Schafe, sondern mit dem Titel z. B. pro emptore gregis als Heerdenhäupter besessen und usucapirt. Dieser Unterschied hat nur hier auf die Usucapionszeit keinen Einfluß, weil ebensowohl die Heerde, wie die einzelnen Schafe, bewegliche Sachen sind.

herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est: quia dominus suam rem conduxisset. sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit: ideoque longi temporis praescriptio non durabit. in venditione idem iuris est, quod in locatione, ut emptio suae rei consistere non possit.

Diese Stelle trägt unverkennbare Spuren von Veränderungen, die sie durch die Compilatoren erlitten hat, an sich. Eine sehr unglückliche Aenderung ist gegen Ende longi temporis praescriptio statt usucapio, die man bei einem Grundstück freilich nicht stehen lassen konnte, — wiewohl man sie sorgloser Weise einige Zeilen vorher (usucapionem eius fundi) doch stehen ließ. An unserer Stelle bedachte man nicht, daß es, wie wir später sehen werden, eine pro herede longi temporis possessio gar nicht gab. Außerdem weist der eben so gedankenlos beibehaltene Ausdruck quid de his causis . . . existimes darauf hin, daß bei Javolenus außer der causa pro herede noch eine andere erwähnt war, die die Compilatoren als damals unpraktisch geworden gestrichen haben. Gewiß war dieses keine andere als die fiduciae causa, vielleicht — mir jedoch nicht wahrscheinlich — auch noch die ex praediatura, so daß ursprünglich geschrieben stand: Ei, a quo fundum pro herede vel fiduciae causa mancipatum diutius possidendo capturus eram — woraus sich auch erklärt, warum das allgemeine, diese verschiedenen Fälle umfassende Ei (statt des sonst zu erwartenden heredi)

und später domino steht. Warum wurde nun gerade bei diesen Usucapionen aus universellen Titeln die Frage aufgeworfen, ob, wenn der Besitzer pro herede dem Erben, der Usucapient ex fiduciae causa dem Gläubiger das Grundstück verpachtet oder verkauft habe, diese Contracte gültig, und wenn sie nicht gültig, der Besitz des usucapturus dadurch unterbrochen sey? Besitzt Jemand aus einem singulären Titel, dann ist es ganz zweifellos, daß, wenn er den Besitz aus einem Geschäft über die Sache, welches der Andere nur wegen ihm nicht gehöriger Sachen eingehen kann, dem Eigenthümer überträgt, das Geschäft nichtig ist und der Besitz des Uebertragenden aufhört, weil der Empfänger wegen Nichtigkeit des Geschäfts nicht als Ausüber eines fremden Besitzes betrachtet werden kann und hiervon abgesehen der Besitz sich nun in der That nicht mehr bei dem Hingeber befindet [20]). Ob dieses aber auch auf einen Besitzer pro herede anwendbar sey, konnte deßhalb bezweifelt werden, weil ein solcher nicht eigentlich die Sache, sondern die Erbschaft in ihr zu besitzen schien, während das Geschäft, z. B. die Verpachtung, doch bloß die einzelne Sache als solche betraf, daher denn theils der pachtende heres, da er doch nicht hereditatem pachtete, kein ungültiges Geschäft einzugehen, theils der pro herede possessor immer noch die nicht verpachtete hereditas in der Sache fortzubesitzen schien. Allein mit Recht verwirft Javolanus

20) L. 33. §. 5. D. de usurp. (41., 3.). L. 29. D. de pign. act. (13., 7.). L. 28. D. de acquir. poss. (41., 2.).

diese Auffassung der Sache. Wie es auf der einen Seite unläugbar ist, daß der Erbe, wiewohl durch einen universellen Titel, doch auch in das Eigenthum des bisherigen Eigenthümers eingetreten ist, so besitzt andererseits auch der pro herede possessor, wiewohl kraft eines universellen Titels, das Grundstück selbst, und so ist auch hier eine suae rei nulla conductio vorhanden, woraus die Unmöglichkeit der Fortdauer des Besitzes am Grundstück von selbst folgt.

Eine von selbst sich ergebende Folgerung daraus, daß pro herede nicht die Erbschaft als solche, sondern nur insofern sie in der einzelnen Sache zur Erscheinung kommt, besessen wird, ist die, daß der Usucapion entzogene Sachen, wiewohl die Gründe dieser Entziehung in der Natur der einzelnen Sache als solcher liegen, doch auch pro herede nicht usucapirt werden können.

Gai. 2., 52... nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem.

L. 4. §. 21. D. usurp. (41., 3.) Paulus lib. 54. ad Edictum. — Idem dicendum est in eo, qui eum expulit, qui pro herede possidebat, quamvis sciat esse hereditarium (d. h. auch der expulsor kann nicht pro herede usucapiren).

Obgleich die Bezeichnung pro herede possidere in der hereditatis petitio und in dem interdictum Quorum bonorum im Uebrigen ganz denselben Sinn hat, wie in der Lehre von der Usucapion [21]), so kann

21) Das sieht man besonders aus der Formel des interd. Quorum bonorum L. 1. pr. D. Quor. bon. (43, 2) ... quod

doch daran nicht gedacht werden, daß jemals der iuris pro herede possessor, z. B. ein Erbschaftsschuldner, auch pro herede hätte usucapiren können [22]); denn ein solches Verhältniß ist keine besitz- nnd usucapirbare Sache.

2. Hinsichtlich des Titels erfordert die Usucapion einzelner Sachen, daß man den Besitz auf Grund einer Uebertragung, durch welche im Verkehr Sachen erworben zu werden pflegen, ergriffen habe; denn nur darin liegt für den Wechsel des Besitzes wie des Eigenthums aus einem Vermögen in das andere ein rechtlicher Anfang des Willens, die Sache als die seinige zu haben, welcher Anfang, wie oben gezeigt, nöthig ist, wenn der usus die auctoritas soll geben können: die äußerste Gränze dieses rechtlichen Anfanges ist, daß, wenn auch ein Geschäft dieser Art nicht wirklich vorgekommen wäre, man wenigstens gerechte Gründe zu dem Glauben gehabt haben muß, es sey abgeschlossen worden, z. B. man hat von einem Wahnsinnigen gekauft, den man für vernünftig hielt. — Im Falle des Er-

---

de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve si nihil usucaptum esset.

22) Cic. de legib. 2., 19. Extrema illa persona est, ut si qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit. Hätte dieser pro herede usucapiren können, so würde er schon unter die dritte Classe (Tertio loco, . . . qui . . . usu ceperit plurimum possidendo) gehört haben. Auch bezieht sich die Regel nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest nicht auf einen iuris possessor, wie die weiterhin zu erklärende L. ult. D. si pars hered. (5., 4.) zeigt.

werbes eines Nachlasses steht dagegen dem Succeßor gar keine Persönlichkeit und kein Wille entgegen, welche von ihm anerkannt werden müßten, um das Hinterlassene erwerben zu können: vielmehr liegt es in der Natur des Falles, daß nur sein, des Lebendigen, Wille gelte. Zwar beruft der Wille des Verstorbenen oder des Gesetzes einen Nachfolger. Aber theils geschieht dieses nicht nothwendig und in allen Fällen, theils bleibt es, auch wenn es geschehen, fraglich, ob der Berufene sich des Guts annehmen will. Es hört also dadurch jedenfalls das natürliche und ursprüngliche Verhältniß nicht auf, daß dem Verstorbenen gegenüber, dessen Wille stets, selbst bei hinterlassenem Testament, in seinem Vermögen durch den Tod vernichtet worden ist, der lebende Occupant nicht widerrechtlich verfährt: zu dem berufenen Erben aber steht der Occupant in gar keinem Verhältniß, weil er seinen Erwerb nicht von ihm, sondern nur vom Verstorbenen ableitet. Andererseits folgt aber aus diesem Verhältniß auch nicht etwa, daß es gar keiner Usucapion bedürfte, weil der Besitzer schon an sich durch Occupation der Erbschaftssachen als res nullius voller Eigenthümer würde. Dieses würde selbst dann nicht behauptet werden können, wenn gar kein heres vorhanden wäre. Denn die Erbschaftssachen sind nicht so res nullius, wie Sachen der freien Natur. Sie sind schon Sachen im Staate und zwar Sachen eines Verstorbenen, in denen die Gewähr einer Römischen familia fortdauert: deßhalb können sie als einzelne Sachen — wie etwa res derelictae — nicht

occupirt werden; werden sie aber als familia defuncti eingenommen, so ist zu bedenken, daß diese als eine civilrechtliche Sache, durch eine naturalis acquisitio ipso iure nicht erworben werden kann [23]). Daher bleibt stets die Usucapion nothwendig, um das Quiritarische Eigenthum selbst an bona vacantia zu erwerben.

Demnach erfordert der Titel pro herede nur, daß Jemand die hinterlassenen Sachen eines Verstorbenen als solchen gleichsam von ihm mit dem in Beziehung auf den Verstorbenen rechtlichen Willen, ihm darin per universitatem nachzufolgen, in Besitz genommen habe. Sein Name ist aber pro herede, nicht pro possessore, weil nur heres den erforderlichen animus domini ausdrückt [24]), auch nicht pro hereditate, weil die erbliche

23) Die Erbschaft, als familia testatoris, d. h. im Verhältniß des Sterbenden zu den Ueberlebenden, ist mancipi, weil sie eigentlich nur die Person selbst nach ihrer einen sächlichen Seite hin ist, und alle Personen, wenn sie sächlich übertragen werden sollen, mancipi sind. Gai. 2., 104. Im Verhältniß der Lebenden zu einander ist die familia des bereits Verstorbenen zwar nicht mancipi, weil sie nun keine Person mehr ist, aber doch immer nur civilrechtlich übertragbar, also durch in iure cessio. Gai. 2., 34.

24) Nichtsdestoweniger halte ich die Florentinische Inscription des Tit. D. 41., 5. Pro herede vel pro possessore für richtig. Es sollte in dem Titel, den man wahrscheinlich aus einem größern ältern Werke entnahm, von dem Gegensatze des pro herede possidere, welcher eben die possessio pro possessore ist, mitgehandelt werden, wofür man aber nachher keine Stellen aufnahm, vielleicht weil sie schon in dem Titel de hereditatis petitione einen bessern Platz erhalten hatten.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Gai. 3., 201. (Lachm.) Rursus ex diverso interdum rem alienam occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri: velut res hereditarias, quarum non prius nactus possessionem necessarius heres esset; nam necessario herede extante placuit, ut pro herede usucapi possit.

L. 2. C. de usuc. pro herede (7., 29.) Diocl. et Maxim. AA. et CC. Maurinae. — Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus, magis obtinuit.

Woher dieser Zweifel? Woher seine verschiedene Entscheidung für sui und für necessarii heredes? Der Grund des Zweifels war offenbar, daß, wenn Jemand solche Erben hinterläßt, man eigentlich gar nicht sagen könne, sein Nachlaß sey durch seinen Tod herrenlos, eine hereditas geworden, weil in dem Momente seines Todes sofort eine andere Person hervortritt, der vermöge ihrer Personeneinheit mit dem Verstorbenen eigentlich schon früher in ihm das Vermögen gehörte, und die jetzt in dem letzteren wie in ihrem persönlichen ius nur frei wird: wogegen aber von der andern Seite angeführt wurde, ein suus und necessarius heres sey

Gegensatz dessen, was durch die prätorische Jurisdiction bewirkt wird. Dieses ist hier nach dem Zusammenhange mit dem vorigen Paragraphen die Revocation solcher Usucapionen nach dem Hadrianischen Senatusconsult: wogegen durchaus kein Grund abzusehn ist, warum Gaius bei dem Erbewerben es neben dem necessario (also doppelt) hätte hervorheben wollen, daß es ohne eine Handlung erfolge, 3., 201.; wo die Revocation durch das Senatusconsult vorher nicht erwähnt ist, steht auch ipso iure nicht.

doch auch ein heres, der als solcher eine hereditas voraussetze, und dieses vorausgesetzt, könne nichts darauf ankommen, ob der heres ipso iure sofort oder erst durch Antretung die Erbschaft erwerbe. Wir können aber auch noch weiter behaupten, daß die Sabinianer es waren, welche die erstere, die Proculianer, welche die letztere Meinung vertheidigten. Ganz derselbe Streit wurde nämlich unter den beiden Schulen auch über die Wirksamkeit der in iure cessio hereditatis von Seiten des suus und des necessarius heres geführt:

Gai. 2., 37. idem (dieselbe Wirkung der in iure cessio, als wenn ein testamentarischer heres extraneus nach der Antretung die Erbschaft cedirt hat) et de necessariis diversae scolae auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum quis adeundo hereditatem fiat heres, an invitus existat; quod quale sit, suo loco apparebit. sed nostri praeceptores putant, nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem.

Gai. 3., 87. Suus autem et necessarius heres an aliquid agant in iure cedendo, quaeritur. nostri praeceptores nihil eos agere existimant: diversae scolae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem; nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur.

Die Sabinianer sagten: wenn Jedermann zugebe,

daß die in iure cessio seines Vermögens ein nichtiger Act sey, weil die familia als die Person nach ihrer sächlichen Seite, wie alles Persönliche, nicht veräußert werden könne, so müsse man dasselbe auch für die in iure cessio hereditatis der sui und necessarii heredes behaupten, weil sie nicht sowohl eine Erbschaft überkämen, als nur in dem früher schon gehabten Vermögen frei würden: wogegen sich die Proculianer darauf beriefen, daß die necessarii doch auch heredes wären, die nur auf andere, hier keinen Unterschied machende Weise die hereditas erwürben, als extranei heredes.

Die Mittelmeinung, welche zu Gaius Zeit für die usucapio pro herede schon festgestanden zu haben scheint, während der Streit in Betreff der in iure cessio hereditatis — vielleicht wegen der praktischen Seltenheit derselben — noch unentschieden war, traf offenbar das Richtige. Für die sui heredes ist es nämlich vollkommen wahr, was Paulus eben so tief als treffend sagt: L. 11. D. de lib. et post. (28., 2.) In suis heredibus evidentius[27]) apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse: quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias: sola nota hac adiecta, per quam distin-

27) Hiernach scheint Paulus an dieser Stelle den necessarius und den suus heres mit einander verglichen und auf den Unterschied, von dem wir hier handeln, aufmerksam gemacht zu haben.

guitur genitor ab eo, qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt; nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat. Hier war also eine pro herede usucapio unmöglich, weil das Vermögen in keinem Momente hereditas geworden war: und das ist denn auch wohl von dem Falle eines suus postumus zu behaupten nach den Satze: nasciturus pro iam nato habetur, so wie auch die Abstention als bloß prätorisches Institut für die civilrechtliche Usucapion nicht bewirken konnte, daß der suus heres nicht als lebendiger Fortsetzer des väterlichen Eigenthums betrachtet würde. Ganz anders aber im Falle eines necessarius heres. Zwar knüpft dessen Eigenthum am Vermögen auch unmittelbar an den Tod des Erblassers an; aber man kann nicht sagen, daß er selbst schon bei Lebzeiten desselben in ihm Eigenthümer gewesen sey, weil er damals als Sclav oder in mancipio noch völlig von der Rechtsfähigkeit in der Familie ausgeschlossen war, und wenn er durch die testamentarische Freilassung sogleich mit dem Tode frei und Erbe wird, so setzt doch im Begriff die Freiwerdung als ein Singularerwerb aus dem Vermögen des Verstorbenen ex testamento das Entstehen einer hereditas, zu der er gleichzeitig mit Erwerb derselben als erst jetzt erwerbfähig Gewordener hinzutritt, als ein prius voraus. Gegen ihn muß also die pro herede

usucapio eben so gut gelten, wie gegen jeden extraneus heres, aber freilich nach dem Hadrianischen Senatusconsult auch nur noch ipso iure.

Merkwürdig ist die Literargeschichte dieses Rechtssatzes. Früher kannte man bloß die Codexstelle und suchte sie auf mancherlei Weise zu erklären[28]). Nach der Auffindung des Gaius wurde in der ersten Stelle bis auf Lachmann allgemein statt des handschriftlichen Et Set herausgegeben, und man verstand den Paragraphen in Verbindung mit dem vorhergehenden als eine für den Fall eines necessarius heres gemachte Ausnahme von der Hadrianischen Aufhebung der lucrativa pro herede usucapio — obgleich doch Hadrian diese gar nicht aufgehoben, sondern nur verordnet hatte, daß die usucapirte Sache nichtsdestoweniger vom Erben sollte eingeklagt werden dürfen. Erst Unterholzner machte (1832) auf diesen Irrthum aufmerksam[29]) und stellte die handschriftliche Les-

28) Die Glosse und Greg. Maians. Disp. iur. civ. 53., 2. Tom. II. p. 254. verstehn sie von einer Usucapion des suus heres selbst, welche unmöglich sey, weil er nach L. 11. cit. immer schon von selbst Eigenthümer bleibe. Branchu Observ. c. 20. p. 254. nähert sich der richtigen Auffassung mit der übrigens auch falschen Erklärung, der suus heres sey als Fortsetzer des natürlichen Eigenthums auch gleichsam schon von selbst im Besitze (was entschieden unwahr ist) und darum könne gegen ihn kein Dritter pro herede usucapiren, weil diese Usucapion voraussetze, daß die Sache nicht schon vom Erben in Besitz genommen sey. Noch willkührlicher sind andere Erklärungen, z. B. von Cuiac. Paratitl. ad tit. C. pro herede und Comm. ad tit. D. pro herede.

29) Rhein. Museum Bd. 5. S. 30.

art her. Seine Erklärung jedoch, daß bei einer ipso iure eintretenden Erbfolge wenigstens eine unredliche Besitzergreifung ein furtum hätte zu begründen scheinen können, ist unbefriedigend, da Gaius selbst in der zweiten Stelle den Begriff eines furtum nur, wenn der necessarius heres den Besitz schon ergriffen hatte, zuläßt und die Römer den Satz ohne Beziehung auf ein furtum ganz allgemein hinstellen [30]). Uebrigens wird in der zweiten Stelle des Gaius statt des von Lachmann herausgegebenen Textes, den wir im Uebrigen jetzt billigen, zu lesen seyn:

> quarum non prius nactus possessionem licet necessarius heres esset [31]).

Sagte nämlich Gaius necessarius heres schlechthin, so würde der Irrthum veranlaßt werden, als ob nur, wenn ein necessarius heres einträte, eine fremde,

---

30) Unabhängig von Unterholzner hat später auch Puchta Verisim. c. 6. (Lips. 1839) p. 9. die richtige Lesart wiederhergestellt und sich gegen den gewöhnlichen Irrthum erklärt. Seine eigene Deutung der Sache, bei welcher auch L. 2. C. de usuc. pro her. nicht berücksichtigt ist, befriedigt jedoch weniger. Er meint, bei necessarii heredes sey der von Gaius 2., 55. angegebene Grund der pro herede usucapio, den Erben zu baldiger Antretung zu bewegen, weggefallen, und dieses habe den Zweifel erregt. Dieser Grund hatte aber für die Jurisprudenz der Kaiserzeit gewiß keine Bedeutung mehr, und es würde sich auch auf diesem Wege theils der Unterschied zwischen dem suus und necessarius heres nicht erklären, theils auch der doch so nahe liegende Zusammenhang mit der Streitfrage über die Wirkung der in iure cessio hereditatis abgewiesen werden müssen.

31) Vergl. Gai. 3., 209. etsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit.

erbschaftliche Sache ohne furtum hingenommen und usucapirt werden könnte, da doch diese Hinnahme und Usucapion auch im Falle eines extraneus heres, der zwar angetreten, aber den Besitz noch nicht ergriffen hat, vorkommen kann. Dieser Irrthum wird durch das hinzugefügte lic. oder lc, wofür auch das wahrscheinlich so zu deutende Zeichen in der Handschrift steht, abgewehrt. Daß aber Gaius den Fall des necessarius heres besonders hervorhebt, hat darin seinen Grund, daß er von dem sine furto occupare rem alienam ein Beispiel geben will und im Falle des necessarius heres der Erbe immer sogleich auch Eigenthümer und dieses Eigenthum fast nur ein unmittelbar fortgesetztes des Verstorbenen ist, hier also das alienum esse stets als ein besonders schutzwürdiges eintritt.

b. Der Usucapient muß die Erbfähigkeit besitzen, da er einen civilen Erwerb vom Verstorbenen machen soll und nur aus eben diesem Grunde auch für den einzusetzenden Erben die testamenti factio erforderlich ist.

> L. 4. D. h. t. Paulus lib. 5. ad legem Iuliam et Papiam. — Constat, eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse.

Da von wirklichem Erwerbe die Rede ist, möchte man glauben, daß dieses Erforderniß auch von dem ius capiendi verstanden werden müsse. Doch führt eine genauere Untersuchung auf das Gegentheil, dem auch die Worte des Paulus offenbar allein entsprechen.

Zuerst kommen hier die ältern Gesetze in Betracht. Sehr wichtig — vielleicht noch wichtiger, als für die Legate — war in dieser Hinsicht die Lex Furia qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est (Gai. 2, 225.). Denn mortis causa capitur (nach Gaius L. 31. pr. D. de mort. c. don. (39., 6.) vgl. L. 8. pr. eod.), cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, und also ebenfalls auch durch usucapio pro herede, auf welche mir vielleicht auch Gaius l. c. mit den Worten hindeutet: certe enim et qui hereditario .... iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem [32]. Die Lex Furia beschränkte also die Befugniß zu dieser Usucapion als eigentlicher pro herede usucapio im ursprünglichen Sinne dem Erfolge nach auf die personae exceptae und wollte sie für die übrigen zu einem bloßen den Legaten ähnlichen Singularerwerbe herabgedrückt wissen; denn im Ganzen kann man hereditas und Singularerwerb nach dem Gesichtspunct großer und kleiner Sachen unterscheiden, weshalb seit Anfang der Kaiserzeit causae hereditariae als große Sachen zugleich und damals allein noch centumvirales waren, über welche stets mit einem sacramentum maius gestritten wurde (Gai. 4, 95.), und so sprach die Lex

---

32) Varr. lib. 3. de vita P. R. p. 247. Bip. drückt den Inhalt des Gesetzes nicht streng juristisch aus, wenn er sagt: Plebisque scito cautum, ne quis legaret caussave mortis donaret supra assis mile.

Furia mit den allen Legataren gestatteten 1000 Assen nur die damalige normale Höhe eines Legats als eines dem Erwerbe der heredes gegenüber kleinen Erwerbs aus (vergl. Gai. 4., 14.)[33]), mit deren Ueberschreitung es unnatürlicher Weise in den Betrag eines erbschaftlichen Erwerbes überschlagen würde. Indem nun aber das Gesetz die pro herede usucapio dem Legat gleichstellte, bezeichnete es in der rechtsgeschichtlicheu Entwickelung, wenigstens für die personae non exceptae, ungefähr dasselbe Stadium, welches sich in der spätern Doctrin über den Anfall der sacra privata ausspricht (Anm. 14.), und folglich, da es für die personae exceptae nichts neuerte, die mittlere Zeit zwischen der ältern und der neuern Doctrin über die sacra. Jedenfalls hing es aber auch mit der Entwickelung der prätorischen b. p. zusammen, wie sich schon daraus abnehmen läßt, daß der Prätor nur diejenigen Verwandten des Verstorbenen oder seines Patrons zur b. p. zuließ, welche in der Lex Furia ausgenommen wären, nämlich sechs Grade und aus dem siebenten den sobrino natus (Ulp. 28., 7. Fragm. Vat. §. 301.). Wenn wir nun anderwärts richtig vermuthet haben, daß die erste Einmischung des Prätors in das bona possidere dadurch veranlaßt worden sey, daß Unberufene, d. h. nicht mehr bloß zur

33) Die Differenz, daß nach den zwölf Tafeln res mile aeris plurisve große Sachen seyn sollten, nach dem Furischen Gesetze aber nur plus mile assibus (nicht mile aeris plusve) als Legat zu capiren verboten wurde, kann nicht in Betracht kommen. Gleichstehen sollte der Legatar dem Erben dürfen, nur aber nicht mehr als dessen geringsten Normalerwerb erlangen.

Erbfolge wenigstens natürlich Berechtigte, sich zur possessio et usucapio pro herede zudrängten, welche damit den Charakter einer improba et lucrativa possessio annahm, so dürfte auch noch weiter behauptet werden können, daß diese Einmischung durch die Lex Furia über das mortis causa capere vermittelt worden sey. Schon dieses Gesetz wollte mit dem Verbot des mortis causa capere von mehr als 1000 Assen nur die personae non exceptae von der pro herede usucapio, inwiefern sie einen so gut wie erbschaftlichen Erwerb erhielten, ausschließen. Der Prätor folgte nun bloß dem Princip dieses Gesetzes, indem er den berechtigten Personen die possessio als einen (ursprünglich jedoch noch auf die körperlichen Sachen beschränkten) Universalerwerb versprach und sie durch sein interd. Quorum bonorum in Stand setzte, allen improbi possessores ihren Besitz abzunehmen. Als Berechtigte erkannte er aber natürlich auch bloß die personae exceptae an, wohin außer den nach Civilrecht berechtigten und den genannten Cognaten gewiß auch noch vir et uxor gehörten. Möglich wäre es jedoch auch, daß die Lex Furia das prätorische Institut der b. p. in seinen Anfängen schon vorgefunden und in seinem Geiste fortgewirkt und dann nur auch wieder der Prätor seine Classe unde cognati (manumissoris) nach ihr eingerichtet hätte.

So kann die Lex Furia als der Wendepunct betrachtet werden, in dem die beiden in der Besitznahme des Nachlasses liegenden Momente, das einer factischen

erbschaftlichen Nachfolge und das eines civilrechtlichen Erwerbs der Nachlaßsachen, jenes an die Ansprüche der Verwandtschaft, dieses an den jährigen Besitz dritter Personen angeknüpft, zuerst entschieden auseinander traten, und während des erstern sich fortan das prätorische Edict zur Ausbildung einer wirklichen Erbfolge bemächtigte, entwickelte sich aus dem letzteren durch die Jurisprudenz immer mehr ein dem Erfolg nach nur singulärer Erwerb einzelner Sachen aus der Erbschaft.

Doch wir kommen auf die hier uns eigentlich beschäftigende Frage. Die Lex Furia war nicht perfecta, sie verpflichtete nur den, der nach ihr von Todeswegen zu viel erworben hatte, zur Erstattung des Vierfachen an den Erben (Gai. 4., 23. Ulp. 1., 2. Theoph. 2., 22. pr.). So hinderte sie also die pro herede usucapio selbst nicht: und dasselbe galt — da alle jene Gesetze der ältern Zeit leges imperfectae zu seyn pflegen — gewiß auch von der Vorschrift der Voconia, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent (Gai. 2., 226.). Frauen konnten zwar nach demselben Gesetze von Bürgern, die mit 100000 Assen censirt waren, ipso iure nicht zu Erben eingesetzt werden; allein auch sie wurden dadurch nicht gehindert, pro herede zu usucapiren; denn das Gesetz entzog ihnen nicht die Erbfähigkeit und die mortis causa capio überhaupt, es sprach bloß von Erbes-einsetzung, mit der die pro herede usucapio in keiner Beziehung steht. Der Ausspruch des Paulus darf daher nur so wie er

lautet verstanden werden: jeder, der (passive) testamenti factio hat — welche stets Erbfähigkeit voraussetzt — kann auch pro herede usucapiren; nicht umgekehrt ist jeder, der die testamenti factio nicht hat, auch von der pro herede usucapio ausgeschlossen. Ganz anders mit der einen testamentarischen Erwerb voraussetzenden usucapio pro legato: Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is, cum quo testamenti factio est: quia ea possessio ex iure testamenti proficiscitur (L. 7. D. pro leg. 41., 8.).

Die Lex Iulia et Papia entzog den Ehelosen das ius capiendi ganz, den Kinderlosen und den Ehegatten unter einander zum Theil und nach der Lex Iunia konnten Latini liberti nicht capiren — alles dieses mit der Kraft einer lex perfecta (Gai. 2., 23. 111. 286. Ulp. 17., 1. 22., 3.). Aber alle diese und andere spätere Gesetze sprachen nur von testamentarischen hereditates et legata und konnten nach ihrem Zwecke, den Erblassern die Zuwendung ihres Vermögens an Unwürdige unmöglich zu machen, auch nur auf andere Erwerbe aus letztwilligen Verfügungen ausgedehnt werden. Die pro herede usucapio gingen sie also nichts an. In diesem Gegensatze der zustehenden testamenti factio bei entzogenem ius capiendi hat denn auch ohne Zweifel Paulus, der im fünften Buche ad legem Iuliam et Papiam von der Caducität handelte [34]), seinen oben referirten Ausspruch gethan.

34) Heinecc. ad L. Iul. et P. P. 3., 1. §. 4. In der Sache selbst verwechselt Heineccius 3., 6. §. 3. die testamenti

Aber omnis definitio in iure civili periculosa est; mit dem Sclaven eines Römischen Herrn findet testamenti factio Statt und doch kann er nicht pro herede besitzen und usucapiren.

L. 3. §. 4. De usurp. (41., 3.) Paulus lib. 54. ad Edictum. — Servus pro herede possidere non potest.

Doch verstehen wir erst recht, was Paulus sagt. Nicht so ist er zu verstehn, als wenn diese Usucapion auch dann unmöglich seyn sollte, wenn der Herr seinen Sclaven eine Sache, die er pro herede usucapiren will, in Besitz nehmen läßt; denn dann nimmt nicht der Sclav, sondern der Herr selbst pro herede in Besitz. Nur das wird gesagt und ist von den Regeln der übrigen Usucapionstitel abweichend, daß der Sclav nicht so für seinen Herrn besitzen kann, daß er selbst Erbe seyn will und dadurch sein Herr erwerben soll, wogegen, wenn der Sclav z. B. kauft und tradirt erhält, der Herr pro servo emptore besitzt und usucapirt, ex causa peculiari ohne Rücksicht auf Wissenschaft, ohne Peculium nur dann, wenn er um den Besitz weiß[35]). Der Grund dieser Abweichung liegt nun nicht etwa darin, daß Sclaven nur ex per-

factio mit dem ius capiendi und spricht daher in völligem Mißverständniß der L. 4. cit. den incapaces die pro herede usucapio ab.

35) L. 2. §. 11.... 14. D. pro emtore (41., 4.) L. 8. pr. L. 28. L. 31. §. 47. D. de usurp. (41., 3.) L. 1. §. 5. D. de acquir. vel am. poss. (41., 2.). Unterholzner Verjährungslehre 3. 120.

sona domini die testamenti factio haben; denn sie haben auch nur eben so das ius stipulandi und alle andere Erwerbsfähigkeit [36]), auch würde der Herr ohne Zweifel pro legato usucapiren können, wenn der Sclav mit diesem Titel eine dem Sclaven legirte Sache in Besitz genommen hätte. Vielmehr ist der Grund darin zu suchen, daß der Titel pro herede vermöge der in ihm kraft eigener Fähigkeit und Willensbestimmung behaupteten Fortsetzung einer fremden vermögensrechtlichen Persönlichkeit (familia) nothwendig Jemand voraussetzt, der selbst das Recht der familia hat. So fehlt dem Sclaven auch die Fähigkeit zur gesetzlichen Erbfolge, indem das Gesetz eben auch nur die an sich vorhandene Erbfähigkeit anerkennt. Daß er aber zum Erben eingesetzt werden kann, ist als eine Ausnahme von dem an sich vorhandenen Mangel der Erbfähigkeit zu betrachten, welche auf der hier überwiegenden fremden, den Herrn oder die zukünftige Freiheit des Sclaven berücksichtigenden Willensbestimmung beruht. Für den filiusfamilias möchte schwerlich dasselbe, wie für den Sclaven zu behaupten seyn. Denn obgleich er in der familia nicht selbstständig ist, so hat er doch an sich Antheil an der familia und kann auch zur Intestaterbfolge gelangen [37]).

---

36) L. 31. pr. D. de hered. instit. (28., 5.) L. 5. D. de servit. leg. (33., 3.) L. 82. §. 2. D. de leg. 2. pr. I. de stipul. serv. (3., 18.).

37) Darauf, daß der Sclav nur auf Befehl seines Herrn eine Erbschaft antreten kann, ist kein Gewicht zu legen; denn

c. Indem diese Usucapion von der factischen Seite her den durch die Antretung des berufenen Erben erfolgenden rechtlichen Erwerb der Erbschaftssachen vertritt, und folglich ein Erwerb von dem Verstorbenen, gegen dessen rechtliche Vertreter, die heredes, ist, setzt sie nothwendig Erbschaftssachen voraus.

Cic. de legg. 2., 19. Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, cum moritur, usu ceperit plurimum possidendo.

Gai. 2., 52. Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat: velut, si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit ... quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.

Gai. 2., 54 .... quod olim rerum hereditarium possessione velut ipsae hereditatis usucapi credebantur ... tamen in omnibus rebus hereditariis ... annua usucapio remansit.

Sind also Sachen in der Erbschaft, die nicht dem Verstorbenen, sondern dritten Personen gehörten, so können sie nicht pro herede in Besitz genommen und usucapirt werden. Für sie lassen sich nur singuläre Titel gegen die dritten Eigenthümer dieser Sachen denken und diese auch nur fortsetzungsweise für diejenigen, welche rechtlich per universitatem in die Stelle des Erblassers

---

dieses gilt, weil der Herr nicht wider seinen Willen durch die Erbschaft obligirt werden darf; durch die pro herede possessio tritt man aber nicht in die Nachlaßschulden ein.

eintreten[38]), der sich also schon in conditione usucapiendi befunden haben muß. Fehlte es dem Erblasser an einem Titel oder stand sonst ein Hinderniß seiner Usucapion entgegen, so geht eben dieser Zustand auch auf seinen Erben über[39]), mag dieser auch in gutem Glauben seyn, d. h. meinen, daß die Sache dem Erblasser gehört habe[40]).

L. 4. C. h. t. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Serapioni. — Usucapio non praecedente vero titulo, procedere non potest: nec prodesse neque tenenti, neque heredi eius potest: nec obtentu, velut ex hereditate esset, quod alienum fuit, domini intentio ullo temporis longi spatio absumitur.

Und dasselbe gilt auch von der longi temporis praescriptio.

L. 4. C. de praescr. long. temp. (7, 33.) Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Hermogeni. — Diutina possessio tantum iure suc-

---

38) Nur im ältesten Rechte, wo die hereditates ipsae usucapirt wurden, konnte der Usucapient, nachdem er die hereditas erworben, auch ebenso wie der heres, d. h. als Stellvertreter des Erblassers, dessen Singular-Titel zur Usucapion benutzen.

39) L. 11. D. de div. temp. praescr. (44., 3.) §. 12. I. de usuc. (2., 6.).

40) L. 13. 2. 3. D. de petit. hered. (5., 3.). Nerat. lib. 6. Membranarum scribit, ab herede peti hereditatem posse, etiamsi ignoret, pro herede vel pro possesore defunctum possedisse. Idem esse lib. 7. ait, etiamsi putavit heres, eas res ex hac hereditate esse, quae sibi delata est.

cessionis sine iusto titulo obtenta, prodesse ad praescriptionem hac sola ratione non potest.

In beiden Stellen verwahren sich die Kaiser gegen die Ansicht, daß in dem Vorfinden einer Sache in der Erbschaft, zu der sie aber in der That nicht gehörte, irgend ein Titel für die Erben liege. Wahrscheinlich hatte der Bittsteller den Titel pro herede so mißverstanden und so mag denn auch das folgende Rescript von Antoninus Caracalla an Theophilus — welches keineswegs sagen will, daß die pro herede usucapio überhaupt nicht gelte — auf einen solchen in dem vorgelegten Falle irrig behaupteten titulus pro herede sich beziehen.

L. 1. C. h. t. — Cum pro herede usucapio locum non habeat: intelligis, neque matrem tuam (welche die fremden Sclaven schon in einer von ihr gethanen Erbschaft vorgefunden hatte) cui heres extitisti, neque te usu mancipia ex ea causa capere posse.

Im Widerspruch mit diesen Stellen scheint aber zu stehn:

L. 3. D. h. t. Pomponius lib. 23. ad Q. Mucium. — Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.

Und läßt sich nicht auch für diese Ansicht anführen, daß doch der Erbgang eine Acquisition von Sachen ist und folglich für den an fremden in der Erbschaft vorgefundenen Sachen ergriffenen Besitz einen gerechten Ti-

tel bildet? Das Richtige ist Folgendes: Es bleibt dabei, daß die Erbfolge als solche, d. h. im Verhältniß zum Verstorbenen, nur den titulus pro herede und diesen eben nur an Erbschaftssachen begründen kann, und daß also in diesem Verhältniß, wenn der Verstorbene eine fremde Sache ohne Titel besaß, der Erbe, der sie in der Erbschaft mit vorfindet, auch wenn er glaubt, sie sey eine Erbschaftssache, nur in dessen titellosen Besitz einrückt. Davon verschieden aber ist der Fall, wenn der Erbe nicht im Verhältnisse zum Verstorbenen, sondern nachdem er selbst schon Erbe geworden ist, in seinem Verhältniß zu einem Dritten den Besitz einer Sache, aus dem Grunde, weil er glaubt, sie gehöre zur Erbschaft, erlangt; denn dieses begründet einen singulären Titel, den pro suo, indem der Besitzer hier den Besitz aus einem in ihm selbst liegenden gerechten Grunde, oder gleichsam von sich selbst ableitet. So also z. B., wenn er die Sache von einem dritten Detentor, der aus irgend einem Grunde Anspruch darauf machte, als zur Erbschaft gehörig einfordert und dieser sie ihm herausgiebt, oder wenn er selbst besaß, ein Dritter mit einer specialis actio gegen ihn klagte und nachher die Klage fallen läßt [41]), oder wenn der Erbe von einer in der Erbschaft gefundenen Sache die Frucht percipirt [42]).

---

41) L. 33. §. 3. D. de usurpat. (41., 3.). Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam iustam habebo.

42) L. 2. D. pro suo (41., 10.) ... Similiter fructus rei emptae aut donatae aut quae in hereditate inventa est (sc. pro nostro possidemus).

Auch der Fall gehört dahin: ein Vater vertheilt bei Lebzeiten sein Vermögen oder einen Theil desselben unter seine Kinder in der Gewalt; nach seinem Tode behalten sie dasselbe nach dieser Theilung im Besitz, indem sie ein Uebereinkommen schließen, wonach es bei jener (ursprünglich wegen der väterlichen Gewalt ungültig gewesenen) Theilung bleiben soll. Wenn sich hier fremde Sachen unter den vertheilten befanden, so usucapiren die Kinder davon nicht bloß den Theil, den sie von einander erhalten haben (dieses würde sich allenfalls schon auf Grund des Titels pro transacto behaupten lassen), sondern die ganzen Sachen, weil sie den Besitz derselben als Erbschaftssachen von einander zugestanden erhalten haben [43]). Dieser Titel pro suo steht nun aber mit dem pro herede so sehr im Gegensatze, daß er stets auch bona fides und Besitzerlangung von einem Dritten (in welchem Falle die pro herede usucapio, wie sich nachher zeigen wird, unmöglich ist) oder doch im Verhältniß zu einem Dritten erfordert. Fehlt es an einer Thatsache, kraft deren der Erbe die Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft annehmen darf, und so sie zu besitzen anfängt, so setzt er bloß den titellosen Besitz des Erblassers fort, und hieraus ergiebt sich vollständig der Sinn der citirten L. 4. C. de praescr.

---

43) L. 4. §. 1. D. pro suo (41., 10.). Si pater cum filiis bona, quae habebat, partitus sit, et ex ea causa post mortem patris ea teneant, quod inter eos conveniret, ut ea divisio rata esset: usucapio his procedat pro suo in his rebus, quae alienae in bonis patris inveniuntur.

long. temp. (namentlich in den Worten tantum iure successionis obtenta und hac sola ratione), sowie der Schlußworte der L. 4. C. h. t. cit. nec obtentu, velut ex hereditate esset, quod alienam fuit, domini intentio ullo temporis longi spatio absumitur; denn ein bloßer obtentus ist von dem putare, rem ex hereditate esse, wovon Pomponius in L. 3. D. cit. spricht, wie ein eingebildeter Titel von einem wirklichen verschieden.

d. Der Besitzer muß aber auch den Besitz der Sache von dem Verstorbenen ergreifen, d. h. anstatt desselben, der durch den Tod aufgehört hat zu besitzen, als sein factischer Nachfolger den Besitz occupiren. Ob übrigens hier der Verstorbene selbst besaß und erst durch seinen Tod zu besitzen aufhörte, oder ob er zufällig schon vor seinem Tode den Besitz verloren hatte, ohne daß ein anderer ihn erwarb, ist offenbar gleichgültig; denn so gut jener im letzten Falle die Sache als die seinige in Besitz nehmen konnte, so kann sie jetzt auch der factische Nachfolger als solcher occupiren. Im Uebrigen aber sind fünf Fälle zu unterscheiden: 1) die durch den Tod des Erblassers besitzlos gewordene Sache ist inzwischen von keinem Andern in Besitz genommen worden; 2) schon bei Lebzeiten des Erblassers besaß ein Anderer, der auch jetzt noch im Besitze ist, was theils ein civiler, theils ein prätorischer, theils auch ein bloß natürlicher Besitz seyn kann; 3) nach des Erblassers Tode ist ein Dritter in den Besitz gekommen; 4) der Erbe hat den Besitz der Sache ergriffen; 5) der, wel-

cher pro herede usucapiren will, besaß die Sache selbst schon aus einem andern Grunde.

Der erste der bezeichneten Fälle ist derjenige, in welchem die pro herede usucapio eintritt; denn hier erlangt der Usucapient den Besitz vom Verstorbenen und die Sache wird dadurch auch nicht furtiv, selbst wenn der Erbe die Erbschaft schon erworben hätte.

> Gai. 2., 52. ... velut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit.
>
> Gai. 3., 301. Rursus ex diverso interdum rem alienam occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri: velut res hereditarias, quarum non prius nactus possessionem licet necessarius heres esset [44]).

Ueber den Grund, weßhalb eine Erbschaft kein furtum erleiden könne, referirt Ulpian aus Scävola:

> L. 1. §. 15. D. si is, qui testam. liber (47., 4.) Scaevola ait, possessionis furtum fieri: denique, si nullus sit possessor, furtum negat fieri. Idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi. sed nec heredis est possessio, antequam possideat: quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis; non autem fuit possessio hereditatis.

---

44) Vergl. außerdem L. 2. §. 1. L. 6. D. expil. hered. (47., 19.) L. 68 ... 70. D. de furtis (47., 2.) L. 33. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (41., 1.).

Man hat diese Begründung damit zu widerlegen geglaubt, daß ja in vielen Fällen ein furtum auch gegen einen Nichtbesitzer begangen werde. Doch ist Scävola's Gedanke richtig, wenn auch der Ausdruck vielleicht mangelhaft. Er will nämlich sagen, daß das furtum stets eine factische Entziehung voraussetze — factisch auch auf Seiten dessen, dem man die Sache entzieht; denn das furtum ist das contradictorische Gegentheil einer rechtmäßigen Ueberlassung und Erlangung des Gegenstandes durch Vertrag. Wenn also die Sache von einem Verstorbenen hinterlassen ist, so kann, bevor eine auch factische Succession in dieselbe Statt gefunden hat, kein Diebstahl an derselben begangen werden, weil der Verstorbene oder die hereditas kein persönlich-factisches Interesse (dieses subjective Verhältniß nennt hier Scävola possessio) an ihr hat[45]). Der Erbe hat zwar durch die Antretung dem Rechte nach die entstandene Lücke ausgefüllt, aber in das persönlich-factische Interesse an der Sache, aus dem sie allein entwandt wer-

45) Das factische Interesse an der Sache culminirt seiner factischen Darstellung nach im Besitz, läßt aber auch ohne diese seine schärfste Ausprägung denken. Wenn z. B. einem Kriegsgefangenen oder dem, dessen Thiere sich verlaufen haben oder von Raubthieren geraubt oder sonstige Sachen sonstwie abhanden gekommen sind, oder wenn dem bloß hypothekarischen Pfandgläubiger vom Eigenthümer Sachen entwandt werden, so findet hier überall kein Besitz Statt, dennoch aber ist aus einem factischen Interesse einer wirklich vorhandenen Person entzogen worden — wie denn auch in allen diesen Fällen ein Vertrag mit der Person wegen Ueberlassung sich denken ließe.

den kann, tritt er erst ein, wenn er auch den Besitz derselben ergreift.

Hieraus geht nun für den zweiten Fall — wenn ein anderer aus der Zeit des Erblassers her besitzt — hervor, daß die Hinnahme der Sache zum Zweck der pro herede usucapio nicht ohne furtum geschehen würde; denn hier ist das factische Interesse einer Person durch den Tod nicht erledigt worden. Auch reicht es hin, daß die Sache nur im natürlichen Gewahrsam war, weil auch der Diebstahl rein factisch ist, und selbst der Erbe würde alsdann furti klagen können, so weit dieses der Eigenthümer überhaupt kann, weil ein furtum geschehen ist und die furti actio unter dieser Voraussetzung jedem rechtlich Interessirten zusteht.

> L. 68. D. de furtis (47., 2.) Marcellus lib. 8. Digestorum. — Hereditariae rei furtum fieri Iulianus negabat, nisi forte pignori dederat defunctus aut commodaverat.
>
> L. 69. ibid. — Scaevola lib. 4. Quaestionum. — Aut in qua ususfructus alienus est.
>
> L. 70. ibid. Marcellus l. c. — His enim casibus putabat hereditariarum rerum fieri furtum et usucapionem impediri: idcirco heredi quoque actionem furti competere posse.[46])

---

46) Die Streitfrage unter den älteren Juristen, possitne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere (Cic. ad famil. 7., 22.), bezog sich schwerlich auf den gewiß von jeher unbestrittenen Satz, hereditariae rei furtum fieri non posse, sondern darauf, ob, wenn wirklich ein furtum, z. B. an einer Sache,

Der dritte Fall, daß nach des Erblassers Tode Jemand die Sache in Besitz genommen hat, führt auf die Frage, ob man auch dann pro herede usucapiren könne, wenn man die Sache Jemandem, der sich bereits in conditione usucapiendi pro herede befand, weggenommen hat? Da der bisherige Besitzer kein rechtliches Interesse an der Sache hatte[47]), wie z. B. ein b. f. possessor es allerdings hat, so kann derselbe jedenfalls nicht furti klagen.

> L. 71. §. 1. D. de furtis (47., 2.) Iavolenus lib. 15 ex Cassio. — Eius rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit: quia furti agere potest is, cuius interest, rem non subripi. interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius, qui lucrum facturus est.[48])

Daß aber ein furtum begangen sey, läßt sich deßhalb doch nicht abläugnen, da die Sache Jemandem in

---

woran der Erblasser einen ususfructus bestellt hatte, geschehen sey, auch der Erbe furti klagen könne. Noch eine Spur dieser Controverse in L. 35. D. de usurp. (41., 3.).

47) Er verhält sich also ebenso, wie ein fur und jeder sonstige malae fidei possessor, der auch nicht furti klagen kann; L. 12. §. 1., 14. §. 4. D. de furtis (47., 2.), während die Klage dem b. f. possessor zusteht; L. 12. §. 1. L. 20. §. 1. L. 74. D. eod. §. 15. I. de oblig. quae ex del. (4., 1.).

48) Diese Begründung ist jedenfalls mangelhaft; doch berechtigte dieß nicht dazu, die Stelle, wie gewöhnlich geschieht, dahin zu mißdeuten, als wollte Javolenus dem Besitzer die furti actio nur für den Werth der Sache selbst, nicht aber für den Werth seines Besitzes absprechen.

gewinnsüchtiger Absicht entzogen ist, und so kann sie denn auch nicht usucapirt werden. Dieses bezeugt auch wenigstens für den Fall einer res vi possessa

> L. 4. 23. D. de usurp. (41., 3.) Paulus lib. 54. ad Edictum. — Ceterum etiamsi mala fide fundum me possidentem deieceris et vendideris, non poterit capi: quoniam verum est, vi possessum esse, licet non a domino. §. 24. Idem dicendum est in eo, qui eum expulit, qui pro herede possidebat, quamvis sciat hereditarium (nämlich der expellens, der, indem er dieses wußte, und vielleicht selbst pro herede usucapiren wollte, um so eher rechtmäßig zu verfahren scheinen konnte).[49])

Dasselbe muß um so mehr gelten, wenn Jemand die Sache aus einem rechtmäßigen Grunde in Besitz genommen hatte, z. B. kraft einer prätorischen Immission wegen verweigerter cautio legatorum servandorum causa, obgleich, wenn der Usucapient schon besitzt, diese Mission nach gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen seine civilis possessio nicht unterbricht.

> L. 2. pr. D. h. t. Iulianus lib. 44 Digestorum. — Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat posses-

49) Ein solcher würde also nur pro possessore besitzen. L. 16. §. 4. D. de hered. petit. (5., 3..) Iulianus scribit, si is, qui pro herede possidebat, vi fuerit deiectus, peti ab eo hereditatem posse, quasi a iuris possessore; quia habet interdictum Unde vi, quo victus cedere debet. sed et eum, qui deiecit, petitione hereditatis teneri, quia res hereditarias pro possessore possidet.

sionem eius, qui pro herede usucapit: custodiae enim causa rem tenet. quid ergo est? etiam impleta usucapione ius pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit, aut eo nomine satisdatum.

Wenn aber der erste Besitzer seinen Besitz freiwillig abgetreten oder auch nur wieder aufgegeben hat, so ist kein Grund einzusehen, warum der neue, wenn er nur die Erbschaftssache als solche in Besitz nimmt, nicht noch pro herede sollte usucapiren können. Noch mehr muß dieses für den bonorum possessor gelten, der durch das interdictum Quorum bonorum von einem pro herede oder pro possessore possessor den Besitz von Erbschaftssachen erlangt hat, oder für den pro herede possessor selbst, der den einmal verloren gegangenen Besitz wieder erlangt.

Im vierten Falle — wenn der Erbe die Sache in Besitz genommen hat — fällt alle pro herede usucapio weg, weil nun auch der factischen Succession nach die Sache aufgehört hat, eine bloß erbschaftliche zu seyn, und vielmehr die eines Lebendigen geworden ist, welchem gegenüber die Besitznahme kein rechtliches Moment mehr haben würde, um zur auctoritas erhoben werden zu können. Darum wird das cuius rei heres possessionem nondum nactus est von Gaius 2., 32. 3., 301 ganz unabhängig von der Furtivität der Sache als ein selbstständiges Requisit des Titels pro herede angeführt, und die folgende Stelle bestätigt, daß, wenn Jemand auch als vermeintlicher Erbe in gutem Glauben

und sogar durch Tradition von dem Erben selbst, die Sache in Besitz erhalten hat, er doch nicht pro herede usucapiren kann, bloß weil die Sache schon im Besitz des Erben gewesen war.

L. 29. D. de usurp. (41., 3.) **Pomponius** lib. 22. ad Sabinum. — Cum solus heres essem, existimarem autem, te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi[50]). propius est, ut usu eas capere non possis; quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est, neque aliam ullam habes causam

---

50) Darin liegt eine Tradition nicht des Eigenthums, sondern des Besitzes an dem Theile der Sachen; denn da der Tradent glaubt, daß dem Andern als Miterben das Eigenthum zustehe, und wegen dieses vorhandenen Eigenthums tradiren will, so kann er nicht den Willen haben, es ihm durch die Tradition erst zu verschaffen. Auch kann der Empfänger nicht pro suo usucapiren, weil dieser Titel, wie oben gezeigt, stets ein singulärer Titel ist, der vermeintliche Erbe aber hier die Sachen lediglich kraft seiner Erbfolge in Besitz nimmt. Völlig verschieden davon ist der in L. 36. fin. D. famil. ercisc. (10., 2.) behandelte Fall, in welchem der wirkliche Erbe mit einem vermeintlichen die Erbschaftssachen **theilt**, so daß er gewisse Erbschaftssachen für seinen Erbtheil ganz behält, andere dem vermeintlichen Miterben für dessen Antheil ganz überträgt. Hier würde der Theil des Erben an den letztern in das Eigenthum des Andern übertragen seyn, könnte aber mit der condictio indebiti zurückgefordert werden, während der übrige Theil dem Erben verblieben wäre und mit der hereditatis petitio zurückgeklagt werden müßte. Wären aber unter den Sachen fremde, nicht zur Erbschaft gehörige gewesen, so würde der vermeintliche Erbe den auf seine geglaubte Erbportion kommenden Theil pro suo usucapiren können, ohne vor abgelaufener Usucapion eine Klage des Erben fürchten zu dürfen. Dieser richtigen Auffassung scheint **Arndts** im Rhein. Museum Bd. 2. S. 130 flg. ohne Grund gemißtraut zu haben.

possidendi. Ita tamen hoc verum est, si non ex transactione id factum fuerit. Idem dicimus, si tu quoque existimes, te heredem esse: nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi.

Der letzte Fall war der, daß Jemand die Sache schon aus einem anderen Grunde besaß, gleichviel ob er den Besitz schon bei Lebzeiten des Erblassers oder erst nach dessen Tode erlangt hatte und nun pro herede zu besitzen anfangen will. Dieses erklären die Römischen Juristen für unzulässig mit Anführung des Grundes: quia nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.

L. 2. §. 1. D. h. t. Iulianus lib. 44. Digestorum. — Quod vulgo respondetur: causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse. §. 2. Filium [51]) quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere. Servius: scilicet qui existimabat, naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre. Cui consequens, ut filius a patre heres institutus, res heredita-

51) Es ist, wie der Gegensatz im Folgenden zeigt, an einen enterbten filiusfamilias zu denken.

rias a patre sibi donatas pro parte coheredum usucapere non possit.

In der lucrativa pro herede possessio liegt keine Art von rechtlicher Uebertragung von einem Andern, kraft deren man eine zur Usucapion führende iusta possessio behaupten könnte, vielmehr besteht ihre ganze rechtliche Kraft in der einseitigen Occupation des Besitzes von Nachlaßsachen darum, daß sie durch den Tod des Erblassers factisch vacant geworden sind. Bin ich nun aus irgend einem Grunde schon im Besitz der Sache, so steht mir dieser lebendige eigene Besitz selbst im Wege, daß ich sie nicht als vacant gewordene Sache einnehmen kann, und zugleich kann ich den Grund dieses Besitzes auch nicht als durch einen neuen gerechteren überwunden betrachten, — selbst wenn der bisherige rein factisch, eine bloße Detention wäre[52]) — weil die lucrativa pro herede possessio eben nur als Occupation einer vacant gewordenen Sache überhaupt eine iusta possidendi causa enthält. Somit würde in diesem Falle die pro herede possessio nur auf dem subjectiven Willen des Besitzers, nicht auf der objectiven Wahrheit beruhen: man würde sibi ipse mutare causam possessionis, nicht eine mutata causa haben.

Die practische Bedeutung dieser Regel war nun für

---

52) Der eigene natürliche oder juristische Besitz verhält sich also ganz so, wie der eines Fremden, L. 68... 70. D. de furtis, nur daß die Occupation im letztern Falle ein furtum begründet, im erstern eine leere subjective mutatio possessionis seyn würde.

gen die Erben seines Vaters diese Klage gegen ihn nicht haben. Nun wird der Fall etwas geändert:

> Quodsi filius iste patri suo heres exstitit, et movet controversiam, quod pater eius, postquam heres exstitit, mortem obierit: ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur? Quoniam tamen qui negotia hereditaria gessit, et debitor esse coepit, postea faciens controversiam hereditatis, ut iuris possessor convenitur: idem etiam in hoc filio respondendum erit.

Wenn also der Sohn Erbe seines Vaters geworden ist und nun behauptet, dieser sey erst nach des Erblassers Tode als Erbe desselben verstorben, so meint Papinian, komme zur Frage, ob er, indem er nun vermöge seines Miterbenrechts den Miterben seines Vaters ihr Erbrecht an dem Erhobenen bestreite, nicht den Besitz aus dem Grunde der negotiorum gestio in eine possessio pro herede unstatthafter Weise verändere? Er entscheidet sich aber dafür, daß er ebenso als iuris possessor mit der Erbschaftsklage belangt werden könne, wie der, welcher, nachdem er eine Erbschaft verwaltet habe, nachher selbst Erbe zu seyn behaupte, d. h. er glaubt, daß hier die Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest nicht im Wege stehe. Uebrigens wäre es wohl denkbar, daß ihn dazu die vorausgesetzte bona fides des Besitzers vermocht hätte, ein Fall, auf den wir jetzt übergehen.

Ganz anders verhält es sich nämlich, wenn der Be-

sitzer nicht bloß aus dem Grunde, weil die Sache durch den Tod des Herrn vacant geworden ist, sondern kraft einer rechtlichen universellen Uebertragung von ihm, d. h. weil er dessen Erbe geworden ist oder es aus gerechten Gründen geworden zu seyn glaubt, die Sache besitzen will; denn hier beruht die pro herede possessio nicht auf dem factischen Momente der Occupation der besitzlos gewordenen Sache, sondern auf einem höhern rechtlichen Momente der Rechtsübertragung, welches die factische Vacanz der Sache nicht zur nothwendigen Voraussetzung hat und sich als neue iusta causa possessionis dem bisherigen schlechtern Besitze mit überwindender Kraft unterzulegen vermag.

L. 33. §. 1. D. de usurp. (41., 3.) Iulianus lib. 44. Digestorum. — Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere, ut lucri faciendi causa inciperet possidere. idque per haec probari posse: si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere: nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse. Idemque iuris erit, etiam si a non domino emerit, cum existimaret eum dominum esse. Idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius, si iustam causam habuerit existi-

mandi, se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse, fundum pro herede possidebit: nec causam possessionis sibi mutare videbitur. Cum haec igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet? et certe, si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius, vel bonorum possessorem esse, incipiet pro herede possidere.

Man sieht aus dem Gedankengange dieser Stelle deutlich, daß die ganze behandelte Frage nur für die pro herede usucapio practische Bedeutung hatte. Julian will zeigen, daß die für diese Usucapion aufgestellte Regel nemo sibi ipse etc. nur bei der lucrativa pro herede usucapio Anwendung finde. Um dieses zu bewerkstelligen, geht er von dem Falle aus, daß ein bisheriger pro possessore possidens den iustus titulus pro emptore erlangt; hier bezweifelt Niemand, daß dadurch der bisherige Titel pro possessore überwunden sey. Derselbe Fall, sagt er, kann nun auch bei der pro herede usucapio eintreten, und der bisherige m. f. emptor wird also mit diesem Titel usucapiren können, wenn er wirklich Erbe des Eigenthümers geworden ist oder geworden zu seyn glaubt. Noch um so viel mehr muß dieses von dem Pächter gelten, da dessen bloße Detention noch um so viel offenbarer von der entstandenen neuen iusta causa possessionis wirklich überwunden wird.

So besteht also zwischen der improba und proba pro herede usucapio der Unterschied, daß erstere unzulässig ist, wenn man schon vorher die Sache aus irgend einem Grunde besaß, letztere dagegen durch diesen Umstand nicht unmöglich gemacht wird. Im Uebrigen sind beide eine und dieselbe Art der usucapio, daher auch im letztern Falle die Usucapion stets in einem Jahre vollendet wurde.

3. Bona fides erfordert die pro herede usucapio nicht; denn sie ist nicht, wie die auf singulären Titeln beruhenden Usucapionen, gegen eine als berechtigt vorhandene und darum auch anzuerkennende lebendige Person, aus deren Vermögen man erwerben will, sondern gegen den Verstorbenen, der als solcher aufgehört hat, berechtigt zu seyn, und da der Besitzer als pro herede possidens eben dessen Stelle einnimmt, wesentlich gegen diesen selbst gerichtet. Allerdings hat die Usucapion die Folge, daß dem heres die Sache entzogen wird, aber da der Usucapient seinen Besitz als einen gerechten nicht von ihm ableitet, sondern, wie eben gezeigt, ihn vom Verstorbenen her in sich selbst als einen gerechten hat, so ist auch seine fides gegen den heres gleichgültig. Während also z. B. ein Kauf mit dem Bewußtseyn, daß die Sache einem Dritten gehöre, oder die wissentliche Schenkung zwischen Eheleuten u. s. w. gar keinen gerechten Besitzgrund giebt, sondern bloß zum Besitzer pro possessore macht[53]), schadet dem Titel pro herede die

53) L. 33. §. 1. D. de usurpat. (41., 3.) L. 13. §. 1. D.

Wissenschaft nicht, daß das Testament, nach welchem man Erbe seyn will, nichtig sey, ja, auch nicht die Wissenschaft, daß man ganz und gar keinen auch nur scheinbaren Grund für ein heredem esse hat und ganz entschieden ein anderer heres ist: wiewohl es sich von selbst versteht, daß die Meinung, man sey selbst Erbe oder bonorum possessor, den Titel auch nicht ausschließen würde, und daß insbesondere auch eine solche Person, der der Prätor zum Nachlaßbesitze hilft, d. h. der bonorum possessor, pro herede besitzt.

Gai. 2., 52. (s. oben) §. 56. Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur; nam sciens quisque rem alienam lucrifacit.

L. 11. pr. D. de hered. petit. (5., 3.) Ulpianus lib. 15. ad Edictum. — Pro herede possidet, qui putat, se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur. et Arrianus lib. 2. de interdictis putat, teneri: quo iure nos et uti, Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. §. 1. Pro possessore vero possidet praedo,

L. 12. D. eod. Ulpianus lib. 67. ad Edi-

---

de hered. petit. (5., 3.). Dieses war die ältere Meinung; später sagte man jedoch richtiger, daß auch der m. f. emptor pro emptore besitze, nur nicht quoad usucapionem. L. 2. §. 1. D. pro emptore (Paulus). L. 13. §. 8. D. de hered. petit. (Ulpian).

ctum. — Qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideat: nec contendet se heredem vel per mendacium.

L. 13. D. eod. Idem lib. 15. ad Edictum — Nec ullam causam possessionis possit dicere et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.

Die letzten gewöhnlich mißverstandenen Worte bedürfen einiger Worte zur Erläuterung.

Wenn Jemand eine vom Erben noch nicht in Besitz genommene Erbschaftssache, wohl wissend, daß er nicht Erbe sey, an sich genommen hat, um sie zu usucapiren, so ist er zwar ein praedo nach gewöhnlichem Sprachgebrauche der Römischen Juristen, d. h. ein m. f. possessor, aber nicht ein solcher praedo, welcher pro possessore besitzt; denn wenn man ihn fragt, aus welchem Grunde er besitze, so wird er sagen, daß er Erbe sey, wiewohl er daran lügt, da er ja weiß, daß ein Anderer es ist. Einen solchen Besitzer meint also Ulpian auch mit den Worten fur et raptor nicht, wie denn auch in der That rei hereditariae furtum non fit. Vielmehr versteht er darunter solche Fälle, wo wirklich ein Diebstahl oder Raub geschehen ist, z. B. der Besitzer hat die Sache dem Erben, der sie schon besaß, oder einem dritten Besitzer weggenommen. Die gewöhnliche Ansicht, daß praedo und possessor pro possessore identisch seyen, ist also irrig. Vielmehr ist nur der possessor pro possessore immer zugleich praedo, wogegen der possessor pro herede theils praedo theils

auch b. f. possessor seyn kann, und überhaupt hat die Bezeichnung praedo mit dem Grunde des Besitzes bei der Erbschaftsklage an sich gar nichts zu thun. Was aber bei der pro herede possessio der Ausdruck praedo bezeichnet, dasselbe drückte man auch mit dem Adjectiv improba et lucrativa possessio aus, weil dieser Besitz in der That darauf ausging, ohne von Rechtswegen zum Nachfolger des Verstorbenen berufen zu seyn, wissentlich und gegen den den berufenen Nachfolger einen Gewinn zu machen.

Ueber den Grund der Zulassung dieses Besitzes sagt

> Gai. 2., 55. Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et creditores haberent, a quo suum consequerentur.

Ich habe schon anderwärts bemerkt[54]), daß dieser Grund schwerlich der ursprüngliche war. Dieser lag vielmehr in der oben entwickelten Natur der pro herede possessio et usucapio selbst; auch kam diese anfangs gewiß nicht in gewinnsüchtiger Absicht vor, sondern ihre ursprüngliche Veranlassung war die, daß, wenn der heres selbst aus irgend einem Grunde — vorzüglich wohl aus Furcht, zu viele sacra und Schulden vorzufinden — mit der Antretung säumte oder auch

54) Krit. Jahrb. für deutsche R.-W. Bd. 3. S. 12.

verhindert war, der Erbschaft sich wirklich anzunehmen, eine andere dem Verstorbenen nahe stehende Person sie aus Interesse für ihn in Besitz nahm, um sein Heil und seine Ehre bei Göttern und Menschen zu retten, d. h. die sacra zu besorgen und die Schulden abzutragen, dann aber auch das Uebrige zu übernehmen. So dachte man sich also zuerst diese Usucapion als ein von dem Usucapienten vertretenes Recht des Verstorbenen gegen den um seine Ehre zu wenig bekümmerten Erben. In der Folge freilich lockte der mit ihr verbundene Gewinn die Habgier; das Interesse derselben senkte sich aus der Person des Verstorbenen zugleich in die des Usucapienten herab und sie wurde nun oft eine improba et lucrativa possessio, dermaßen, daß der Prätor durch die von ihm ertheilte bonorum possessio zu Hülfe kommen mußte, um ganz fremde Personen möglichst von ihr auszuschließen und ihr den Charakter einer Universalerbfolge zu erhalten. Von dieser Zeit gilt nun, was Gaius sagt; denn wenn auch den Besitzer pro herede zunächst und überwiegend unlautere Motive bestimmten, so blieb diese Usucapion selbst doch objectiv immer noch durch das Interesse gerechtfertigt, daß sie dem Erblasser eine schleunigere Erbfolge zu Wege brachte, anfangs noch so, daß man den Usucapienten des größern Theils der Erbschaft selbst neben dem heres zu den Opfern verpflichtet erkannte [55]), später — seit An-

---

55) Zu den Opfern, nicht auch zu den Schulden, die man, obgleich auch jene eigentlich Schulden an die Götter sind, einander doch nicht gleichstellen darf. Schulden an den Staat oder

fang der dritten Periode — so, daß durch sie, die nun bloß noch einzelne Sachen der Erbschaft entzog und sich damit im Interesse des Usucapienten gegen die familia defuncti et heredis zugleich richtete, der heres veranlaßt wurde, zeitiger anzutreten, um nicht des vortheilhaften Inhalts der Erbschaft verlustig zu gehen. Auch kam sie ja nur in der Regel bei dem prätorischen b. possessor vor und erhielt durch diese obrigkeitliche Unterstützung selbst eine neue Folie. Allein ihre improbitas mußte eben durch die b. p. für solche Fälle erhöht werden, wo ein Anderer als der b. possessor pro herede usucapirte, und überhaupt für die pro herede usucapio als solche. Um diese Zeit nämlich erhob sich allmählig das prätorische Recht zu materiell gleichem An-

---

an die Götter — beide haben wesentlich dasselbe Recht — unterscheiden sich nämlich von den gewöhnlichen Privatschulden (d. h. mit Ausnahme des nexum) dadurch, daß sie zugleich (mit einer Art von Pfandrecht) das Vermögen des Schuldners ergreifen, was bei Privatobligationen erst dann geschieht, wenn sie durch das Judicat (dem aber später der Prätor auch andere causae missionum in bona gleichstellte) zu publicistischen Schulden erhoben werden. So sind die Güter des praes zugleich bona praedia, die Güter des zu sacra oder durch votum Verpflichteten ebenso den Göttern obligirt. Hieraus allein erklärt sich, wie die sacra — selbst noch in der dritten Periode — auch auf Singularerwerber aus dem verpflichteten Vermögen übergehen konnten, was auch bei Schulden an den Staat galt, wogegen Privatschulden nur die Person des reus und folglich auch nur seinen Universalsuccessor ergriffen, was später auch auf Privatforderungen aus dem Judicat übertragen wurde. Der Prätor half aber den Gläubigern eines verstorbenen Schuldners nun dadurch, daß er ihnen theils auch gegen den b. possessor utiles actiones gab, theils, wenn weder ein prätorischer noch ein Civilerbe vorhanden war, sie rei servandae causa in bona immittirte.

schen mit dem Civilrecht: die b. p. bildete immer mehr ein die hereditas ergänzendes und billig modificirendes prätorisches System der Erbfolge, der b. possessor erhielt nun nicht erst durch die Usucapion das Eigenthum aller körperlichen Sachen, sondern schon vermöge der datio b. possessionis in allen Vermögensverhältnissen utiles actiones für und gegen sich und wurde selbst in manchen Fällen auch ohne Usucapion gegen den heres geschützt. So gingen immer mehr die guten Kräfte der pro herede possessio ausschließlich in die prätorische b. p. über, in welcher sie nicht erst als Usucapion, sondern schon nach ihrem Anfange als data b. p. wirkten[56]), und während diese ursprünglich nur zur Unterstützung und Regelung der possessio et usucapio pro herede gegen den heres gemeint gewesen war, trat sie nun mit der hereditas zusammen zur improba et lucrativa pro herede usucapio in Gegensatz, indem man von dem, wel-

56) Zur richtigen Würdigung der Geschichte der pro herede usucapio und der b. p. in ihrem Verhältnisse zu einander kann nicht genug hervorgehoben werden, daß von den beiden Momenten, welche in der ursprünglichen Besitznahme des Nachlasses pro herede vereint lagen: Erwerb der einzelnen Sachen und Erwerb der Erbfolge, seit der Zeit, daß der Prätor sich dieses Instituts annahm, die erstere vorzugsweise der pro herede usucapio, die letztere vorzugsweise der b. p. anheimfiel, und daß eben damit die b. p. immer mehr schon durch die datio wirksam werden mußte; denn es liegt in der Natur der Erbfolge, daß bei ihr der Anfang und die Willensbestimmung, Nachfolger per universitatem zu werden, das Bestimmende ist, weil heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur L. 54. D. de acquir. hered. (29., 2.) L. 138. pr. L. 193. D. de reg. iur. (50., 17.).

cher auctore praetore besaß, so wenig wie vom heres selbst sagen konnte, daß er improbe besitze, eine eigenmächtige Besitznahme und Usucapion aber ebenso gegen den b. possessor wie gegen den heres als eine tadelnswerthe, gewinnsüchtige Verminderung des Nachlasses erscheinen mußte, zumal da für das Interesse des Verstorbenen und des Rechtszustandes überhaupt, welches ehemals die pro herede usucapio gerechtfertigt hatte, daß bald ein Erbfolger einträte, jetzt auf andere Weise, nämlich durch cretio, tempus deliberandi und die Fristen der b. p. hinreichend gesorgt war. Nur das ließ sich auch jetzt noch und bis in den Anfang der Kaiserzeit für die pro herede usucapio anführen, daß sie theils in den meisten Fällen für den b. possessor eintrat, theils immer noch den Erben mahnte, nicht bloß die Erbschaft bald anzutreten, sondern auch die Erbschaftssachen bald einzuklagen, was ja für den Verstorbenen und dessen Gläubiger auch nicht ohne Interesse war. Doch alles dieses sind zum Theil Nützlichkeits-Momente, welche den Gesetzgeber zur Beibehaltung dieses tadelnswerthen Erwerbs bestimmen konnten. Was aber objectiv der pro herede usucapio unter allen diesen Entwickelungen stets ihre Freiheit von dem Erforderniß der bona fides erhielt, war die Eigenthümlichkeit derselben, daß man durch sie nicht eigentlich a u s einem fremden Vermögen, sondern als Repräsentant des Verstorbenen eine vacante Sache erwarb, nicht zu einer dritten anzuerkennenden Person, sondern vermöge der Einheit mit dem Verstorbenen nur zu sich selbst in ei-

nem Verhältniß stand: und dieses hat Gaius nicht, wie sich's gebührte, hervorgehoben.

Es ist wohl nicht unpassend, zu bemerken, daß der Einfluß dieses verschiedenen Rechts der Universal- und Singularsuccession auf die fides auch sonst im Römischen Rechte anerkannt ist. Dem Singularvermächtnißnehmer prästirt der Erbe bekanntlich den vollen Umfang des Verschuldens; dem aber, welchem eine Erbschaft als Fideicommiß herauszugeben ist, — obgleich er davon ebenfalls den Vortheil der Quart genießt — doch nur dolus und culpa lata [57]), offenbar auch deßhalb, weil der Fiduciar hinsichtlich der Erbschaft eigentlich nur zu sich selbst in einem Verhältniß steht, so daß er gar keine fides zu prästiren haben würde, wenn hier nicht eben ein fideicommissum vorläge, wirklich aber alles Erforderniß der b. f. wegfällt, wenn man sich ein Verhältniß ohne Obligation denkt, wie es die Usucapion ist.

Die verschiedenen Fälle, in denen die pro herede usucapio nicht improba et lucrativa war, sind nun nach dem Obigen folgende: 1) wenn Jemand aus gerechten Gründen heres zu seyn glaubt (L. 33. §. 1. D. de usurp. L. 11. pr. D. de hered. petit.); 2) wenn er die b. p. erworben hat, gleichviel, ob sie cum re oder sine re ist (Gai. 3., 80. L. 33. cit. L. 11. cit.); 3) wenn er aus gerechten Gründen glaubt, b.

57) L. 22. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36., 1.). Vgl. L. 57. §. 6. D. eod. L. 77. §. 17. D. de leg. 2. (31.).

possessor geworden zu seyn (L. 33. cit.). Außer diesen Fällen ist die pro herede possessio improba.

4. Der Besitz muß, wie gewöhnlich, auf Grund des ursprünglichen Titels animo dominii angefangen haben und fortgesetzt worden seyn. Läßt sich also der Besitzer später den Besitz precario zugestehen, z. B. vom Erben, so kann die Usucapion nicht vollendet werden.

L. 6. pr. D. pro emptore (41., 4.) Pomponius lib. 32. ad Sabinum. — Qui cum pro herede vel pro emptore usucaperet, precario rogavit, usucapere non potest. Quid porro inter eas res inter est, cum utrobique desinat ex prima causa possidere, qui precario vult habere?

Auch die natürliche Unterbrechung des Besitzes vernichtet ebensowohl die pro herede (ex lucrativa causa) wie jede auf einem singulären Titel beruhende (pro suo) usucapio.

L. 5. D. de usurp. (41., 3.) Gaius lib. 21. ad Edictum provinciale. — Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur, vel alicui res eripitur. quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes. Nec eo casu quicquam interest, is, qui usurpaverit, dominus sit, necne. Ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa.

Man kann hier mit Cuiacius (ad h. l.), Unter-

Holzner (Verj.-Lehre Bd. 1. S. 463.) und Andern unter dem quisque den Usurpanten verstehen, so daß die Besitznahme ex lucrativa causa sich auf Diebe oder gewaltsame Vertreiber, die pro suo auf Käufer und andere iusti possessores bezöge. Denn abgesehen davon, daß der erstere Ausdruck in der Usucapionsmaterie herkömmlich von der m. f. possessio et usucapio gebraucht wird (Gai. 2., 56. 60. L. 33. §. 1. D. de usurp.), so liegt es schon im Begriff der naturalis usurpatio, wie sie Gaius so eben definirt hat, daß die pro suo possessio, z. B. aus Kauf, Schenkung u. s. w., nicht auch als eine Art von usurpatio gedacht werden kann. Richtig verstand schon Donellus (Comm. i. c. 5., 21. §. 21.) unter dem quisque den Usucapienten, dem der Besitz entzogen wird. Aber freilich bezog er vor der Auffindung des Gaius noch irrig die pro suo possessio auf eine possessio ex causa onerosa — welche Beschränkung sonst nirgends vorkommt — und die ex causa lucrativa auf Besitz durch Schenkung, Legat oder pro herede (wozu ihn dieser Sinn des Ausdrucks in L. un. C. de usuc. transf. 7., 31. bestimmen konnte). Nachdem wir aus Gaius 2., 56. wissen, daß das Charakteristische der lucrativa (pro herede oder fiduciae) possessio et usucapio darin bestand, daß sciens quisque rem alienam lucrifacit, erscheint es als ein völlig passender Ausdruck, im Gegensatz zu ihr alle redliche Usucapion, mag sie aus Schenkung oder Kauf herrühren, eine pro

suo possessio et usucapio zu nennen; denn der redliche Besitzer besitzt die Sache als die seinige[58]).

Warum hebt nun aber Gaius diesen Gegensatz in unserer Stelle hervor? Schon anderwärts habe ich gezeigt, daß er in der ganzen Stelle die natürliche Besitzesunterbrechung der civilis usurpatio des alten Rechts entgegenstellen und das verschiedene Recht beider bemerklich machen will. Wenn er also sagt, daß bei der naturalis kein Unterschied sey, ob der Usucapient pro suo oder ex causa lucrativa besaß, so folgt, daß bei der

---

58) L. 1. pr. D. pro suo (41., 10.) Ulpian: Pro suo possessio talis est, cum dominium nobis acquiri putamus et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur et praeterea pro suo. ut puta ex causa emptionis et pro emptore et pro suo possideo: item donata vel legata vel pro donato vel pro legato etiam pro suo possideo. Ulpian wird dann noch hinzugefügt haben, daß, wer pro herede besitze, nicht zugleich pro suo besitze; denn dieser besitzt zwar (nach der Begriffsbestimmung zu Anfang der Stelle) ex ea causa, ex qua acquiritur, aber nicht auch pro suo, sondern sciens alienum. Vgl. ähnliche bestimmte Hinweisungen auf das Erforderniß der b. f. für den Titel pro suo in L. 3. L. 4. pr. fin. L. 5. D. eod. Die pro suo possessio et usucapio hat also zwei Gegensätze: 1. auf dem Gebiet der usucapio selbst die lucrativa possessio pro herede oder fiduciae; 2. auf dem Gebiet des Besitzes überhaupt jeden Besitz mit dem Bewußtseyn, daß die Sache ungeachtet des Besitzerwerbs fremd sey (entweder weil gar kein oder ein dem Recht nicht entsprechender Eigenthumserwerbstitel zum Grunde liegt). Dieser Besitz heißt pro possessore. L. 11.... 13. pr. §. 1. D. de petit. hered. (5., 2.). L. 33. §. 1. D. de usurp. (41., 3.). Doch hat auch eine solche pro suo possessio, die auf einem nicht entschuldbaren Irrthum beruht, das Recht der bloßen pro possessore possessio. — In den neuern Darstellungen kennt man immer nur den zweiten Gegensatz, der pro suo possessio, der gewiß weder der ursprünglichere noch der häufigere ist.

civilis ein Unterschied zwischen beiden gegolten haben muß. Und dieses läßt sich auch schon nach der Natur derselben vermuthen. Die civilis usurpatio bestand in einer symbolischen Ausübung des Rechts, dessen Verlust durch die Usucapion des dritten Besitzers der Eigenthümer verhüten wollte. Natürlich mußte diese eine andere gegen den pro herede, eine andere gegen den pro suo possessor seyn, da man gegen jenen die hereditas, gegen diesen das Eigenthum geltend zu machen hatte. Jedenfalls bestand sie nun dort nicht nothwendig, wie hier, in einer symbolischen Besitzhandlung am Grundstück; denn auch bei der gerichtlichen Geltendmachung der hereditas konnte irgend eine Sache derselben ohne Rücksicht darauf, welche der Beklagte besaß, in ius gebracht und an ihr vindicirt werden (Gai. 4., 17.). Allein wahrscheinlich galt die usurpatio dort auch überhaupt nicht, weil man zur Zeit, wo die usurpatio aufkam, den Erben vielmehr zur Einklagung der Erbschaft und zur Abtragung der sacra nöthigen, als ihm eine leere Verhinderung der Usucapion gestatten wollte. Zum wenigsten deutet die Stellung des Schlußsatzes bei Gaius im Verhältniß zum vorangehenden an, daß die civilis usurpatio ebenso (nach Satz 2.) gegen einen ex lucrativa causa possessor wie (nach Satz 1.) von Seiten eines Nichteigenthümers unwirksam gewesen sey.

Daß nun die natürliche Besitzunterbrechung auch die pro herede usucapio aufhebt, versteht sich von selbst.

Die Wirkung der pro herede usucapio war die gewöhnliche: Erwerb des Eigenthums unbeschadet der

an der Sache zustehenden iura in re aliena, z. B. eines Pfandrechts (L. 2. pr. D. h. t.), so daß nur die hereditas und der heres, b. possessor oder Fiscus durch sie einen Schaden litten.

Dieser Schaden mußte als ein völlig unbilliger erscheinen, seitdem alle materiell gerechte Bedeutung der factischen Succession in den Nachlaß aus der pro herede possessio in die b. p. übergegangen war, was um die Zeit geschah, als man die b. p. nicht mehr als eine Regulirung des eigenmächtigen bona possidere et usucapere, sondern bei weitem überwiegend als ein prätorisches, der hereditas in billigen Fällen selbst derogirendes Erbrecht auffaßte. Dieses geschah aber seit Anfang der mittlern Kaiserperiode, wie man besonders daraus abnehmen kann, daß um jene Zeit auch abgesehen von dem Kindesverhältnisse (b. p. c. t. und unde liberi) die b. p. in allen billigen Fällen cum re wurde [59]). Um dieselbe Zeit war auch die alte schon längst erschütterte sacrorum observatio, wie sie sich an die civilrechtliche familia knüpfte, so gut wie erloschen. Es ist daher der innern Entwickelungsgeschichte des Römischen Erbrechts ganz angemessen, daß Hadrian es war, welcher die pro herede usucapio dem heres und b. possessor gegenüber für unwirksam erklärte:

> Gai. 2., 57. Sed hoc tempore etiam non est lucrativa. nam ex auctoritate divi Ha-

---

59) Gai. 2., 120. Collat. 16., 3. init. Auch behandelt Gai. 3., 25 seqq. die b. p. sine re offenbar schon als Ausnahme.

driani [60]) senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur. et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

Hierbei entstehen mehrere Fragen. Erstens: in welchem Umfange wurde die pro herede usucapio für wirkungslos erklärt? was wieder nach zwei Seiten hin zu erörtern ist, hinsichtlich der zur Erbschaft Berechtigten und hinsichtlich der Usucapienten. Was die erstern betrifft, so lautet die Bestimmung des Senatusconsults, wie sie Gaius referirt, so allgemein, daß angenommen werden muß, die pro herede usucapio sollte Niemandem mehr, der irgend ein Recht auf die Erbschaft hatte, die Sache entziehen. Für den heres sagt dieses auch Gaius selbst; für den b. possessor ersehen wir dasselbe aus einer Pandektenstelle (L. 1. pr. D. Quorum bon. 43., 2.) und ebenso ist es ohne Zweifel auch für den Fiscus und andere Erwerber der Erbschaft, so wie für die Creditoren und den b. emptor zu behaupten. Wie nun diese Bestimmung der damaligen Entwickelung des Rechts vollkommen entsprach, so war es doch auch weise, daß man die usucapio pro herede nicht schlechthin aufhob, sondern ihr nur im Interesse besser Berechtigter ihre

60) Die Ausgaben haben das divi nicht. Da aber in der Handschrift hauctoritatem steht und Gaius in zwanzig andern Stellen den Kaiser Hadrian immer divus nennt, während nur in einer, noch dazu kritisch verdächtigen (1., 47.) dieses Epitheton fehlt, so ist es gewiß sicherer, aus dem m ein d zu machen, als es zu streichen.

Wirkung entzog. Klagten diese nicht, so behielt die Usucapion nach Gebühr ihre Kraft, wie immer das formelle Recht, wenn ihm das materielle nicht entgegentritt.

Auf Seiten des Usucapienten hat man viel darüber gestritten, ob Hadrian bloß die lucrativa oder alle usucapio pro herede habe revocirt wissen wollen [61]): eine Streitfrage, welche für das ältere Recht den b. possessor und den putativen Erben, für das Justinianische nur noch den letzteren betreffen würde. Der Ausdruck des Gaius scheint der erstern Ansicht günstiger, indem er voranstellt, daß die pro herede usucapio aufgehört habe lucrativ zu seyn [62]), und dann von der Revocation solcher Usucapionen redet. Doch ist zu bemerken, erstens: daß er in seinem kurzen Compendium überhaupt nur von der pro herede usucapio in ihrer alten regelmäßigen Eigenschaft als lucrativa spricht, daher es ein sehr bedenkliches argumentum a

---

61) Vgl. über diese Controverse v. Vangerow Leitf. zu Pandektenvorl. Bd. 1. §. 320. S. 523.

62) Lachmann versteht die Worte hoc tempore etiam non est lucrativa so, als sollte damit gesagt seyn: sie sey jetzt mitunter (wenn nämlich der Erbe klagt) auch nicht lucrativ. Aber dann müßte es heißen etiam est non lucrativa. Auch zeigt das Folgende, daß Gaius schlechthin sagen wollte, sie habe ihre lucrative Eigenschaft überhaupt verloren, weil er schlechthin von ihrer Revocation spricht. Will man also nicht statt etiam iam lesen, so muß man die Stelle so verstehen: Heute ist sie aber auch in der That nicht lucrativ. Auch — in Erinnerung an den schon in §. 55. ausgesprochenen Tadel ihrer Unrechtmäßigkeit, die nur in früheren Zeiten durch eine größere utilitas publica überwunden worden sey.

contrario wäre, daraus, daß er von dieser bemerkt, ihre Wirksamkeit gegen den Erben sey aufgehoben, zu schließen, sie habe ihre Kraft in den Fällen, wo sie nicht lucrativ ist, behalten, besonders da der Fall des b. possessor unter dem Ausdruck des Gaius 2., 56. nam sciens quisque rem alienam lucrifacit eigentlich mit begriffen ist; zweitens besteht aber auch das non est lucrativa offenbar nicht in dem Sinne von scientem rem lucrifacere, sondern in dem allgemeineren von lucrifacere, da Gaius hier offenbar sagen will, daß man nicht mehr wirklich den Gewinn der Sache mache, und so gefaßt verliert das spätere tales usucapiones seine ausschließliche Beziehung auf improbae pro herede usucapiones. Dagegen sprechen alle übrigen Gründe entschieden für eine allgemeine Revocation aller pro herede usucapiones. Was zunächst den b. possessor betrifft, so war doch offenbar zwischen einem b. possessor sine re und einem eigenmächtigen Besitzer der Sache dem heres gegenüber materiell gar kein Unterschied, und doch haben wir wieder keinen Grund, dem b. possessor sine re eine lucrativa pro herede usucapio zuzuschreiben. Ueberhaupt aber hatte nach der obigen geschichtlichen Darstellung nicht bloß die lucrativa pro herede usucapio, sondern die pro herede usucapio als solche ihren innern Gehalt verloren. Denn nachdem die materielle Gerechtigkeit der factischen Succession völlig auf die b. p. übergegangen und damit festgestellt war, daß man auch auf factischem Wege nur noch durch Berufung zur Erbfolge ein materielles Recht

an den Erbschaftssachen erhalten könne, konnte der Besitz pro herede nicht sowohl, weil er lucrativ, als weil er als solcher auf die universitas gerichtet war, keinen gerechten Titel zum Erwerbe der Sache den civilen oder prätorischen Erben gegenüber mehr abgeben, und dieses mußte selbst für den b. possessor gelten, indem auch in seinem Verhältniß zum heres bloß noch die Eigenschaft seiner b. p., ob sie cum re oder sine re war, nicht aber die schon oder noch nicht erfüllte Usucapion entscheiden konnte. [63]) Demnach nöthigte den putativen Erben dieselbe Billigkeit, ebensowohl die schon usucapirten wie die noch nicht usucapirten oder der Usucapion gar nicht fähigen Sachen, d. h. alle res et iura pro herede possessa herauszugeben. Auch steht damit das S.C. unter Hadrian, welches die Leistungen des Besitzers in der hereditatis petitio bestimmte, so wie die erhaltene Formel des interdictum Quorum bonorum in Uebereinstimmung. Jenes macht zwischen dem b. und m. f. possessor insofern keinen Unterschied, als es auch dem ersteren alle Bereicherung, die er von seinem Erbschaftsbesitze hat, entzieht [64]), und vermuthlich war das von Gaius erwähnte S.C. doch nur eine Ergänzung des aus den Pandekten bekannten, wenn es nicht gar einen Theil desselben bildete. Die letztere lautet (L. 1.

63) Dieses wird besonders klar, wenn man bedenkt, daß im Falle einer b. p. cum re auch dem besitzenden heres, wiewohl er Eigenthümer war, die Erbschaftssachen abgenommen werden konnten.

64) L. 20. §. 6. L. 22. L. 28. D. de hered. petit. (5., 3.).

pr. D. Quor. bonor. 43., 2.) an der betreffenden Stelle so: quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti uti desineres possidere, id illi restituas; sie unterscheidet also nicht, ob der Usucapient ein putativer Erbe war oder nicht, sondern befiehlt alles pro herede Usucapirte eben so zu restituiren, als wenn es nicht usucapirt wäre.[65]) Savigny's Erklärung, zu possideresve bloß pro possessore zu verstehen, ist nicht bloß aus sprachlichen, sondern auch aus juristischen Gründen unzulässig, weil, wie oben gezeigt, der, welcher

65) Nicht unerwähnt bleiben darf die neueste ganz abweichende Erklärung der Worte possideresve, si nihil usucaptum esset von Buchholtz Krit. Jahrb. f. deutsche R.-W. Bd. 6. S. 1075. Er bezieht sie nicht auf die pro herede usucapio, sondern auf die Usucapion dessen, was der b. f. possessor vom Erbschaftsbesitzer gekauft hat (L. 20. fin. L. 21. D. de hered. petit.), und findet darin einen noch practischen Unterschied zwischen der hereditatis petitio und dem interd. Quorum bonorum, daß mit jener nur vom m. f. possessor, mit diesem auch vom b. f. possessor die Sache selbst, welche er veräußert und usucapiren lassen, hätte eingeklagt werden können. Ein aus der Natur beider Klagen gewiß schwer zu erklärender und in den Worten gar nicht bestimmt indicirter Unterschied. Aber jene Worte können diese Bedeutung auch gar nicht haben. Sie beziehen sich offensichtlich auf Sachen, welche der Beklagte von selbst besitzt, da von dem desinere possidere erst unmittelbar nachher die Rede ist. Und würde denn der Beklagte, der schon durch die Veräußerung aufgehört hat zu besitzen, noch pro herede besitzen, wenn der Käufer nur nicht usucapirt hätte? Auch wäre nicht zu begreifen, warum die Worte des S.C.s res deperditae deminutaeve (L. 20. §. 6. eod.) nicht beibehalten und nur der letztere Fall in dem Interdict erwähnt worden wäre.

auf diese Weise wissentlich usucapirt, niemals pro possessore, sondern auch stets pro herede usucapirt und pro possessore überhaupt kein Usucapionstitel ist. — Einige Stellen des Codex, auf welche man sich zum Beweise der entgegengesetzten Ansicht berufen hat, liegen offenbar ganz außerhalb der Streitfrage. [66])

Eine zweite Frage betrifft die Form, in der die Revocation der pro herede usucapio geltend gemacht wurde. Hier mußte wohl in der condemnatio zu dem nisi restituat, quod ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet, hinzugefügt werden possideretve, si nihil usucaptum esset. Derselbe Zusatz wurde, wie die vorhin angeführte Stelle zeigt, auch zu dem interd. Quorum bonorum gemacht. Wie aber, wenn

---

66) In L. 2. C. Quor. bonor. (8., 2.) sollen die Worte si negotium integrum est heißen: wenn die Sachen noch nicht usucapirt sind. Wäre diese Deutung auch nicht ganz willkührlich, denn es liegt viel näher, an eine Beziehung auf Vergleich oder richterliches Urtheil zu denken, so würde doch ebensowohl die lucrativa als die non lucrativa pro herede usucapio verstanden werden müssen. Noch viel weniger gehört hieher L. 3. C. de edicto D. Hadr. toll. (6., 33.). Justinian schreibt hier vor, daß das Rechtsmittel aus dem Hadrianischen Edict nicht mehr innerhalb eines Jahres, auch nicht durch maiores aevi curricula — d. h. damals (im März 531, da die Verlängerung der Usucapionszeit auf drei Jahre erst im November desselben Jahres erfolgte L. un. C. de transform. usuc. 7., 31.) durch die longi temporis praescriptio — sondern nur durch tantum temporis, quod possit vel possessori plenissime securitatem super dominio praestare, vel ipsi qui missus est, omnem intentionem excludere, ausgeschlossen werden solle. Offenbar ist damit nach diesem Zusammenhange die praescriptio XXX vel XL annorum gemeint.

der Besitzer nach der Usucapion veräußert hatte? Ohne Zweifel übertrug er Eigenthum oder das sonstige Recht, welches er an der Sache besaß. Aber konnte nun auch der dritte Besitzer vom Erben in Anspruch genommen werden? Wir glauben nicht. Denn pro herede besaß er nicht, da er seinen Besitz auf einen singulären Grund stützte; aber auch nicht pro possessore, da er Eigenthümer war und ihm das nicht zum Vorwurf gereichen konnte, daß er wußte, der Veräußerer würde im Falle der Belangung zur Zeit seines Besitzes auch zur Herausgabe dieses erworbenen Eigenthums verurtheilt worden seyn; denn das war bloß ein obligatorisches Verhältniß desselben zum Kläger, welches seine Veräußerungsbefugniß nicht hinderte. Noch weniger ließ sich eine utilis rei vindicatio rescissa usucapione gegen ihn denken, da die Rescission der usucapio pro herede nur das Erbschaftsrecht, nicht das Eigenthum an der Sache als solches wiederherstellte. Es blieb also dem Erben nur übrig, den Usucapienten mit der hereditatis petitio zu belangen. Doch auch hier tritt das Bedenken entgegen, daß letzterer weder eine res hereditaria besaß, selbst wenn die Usucapion rescindirt gedacht wurde, noch auch dolo aufgehört hatte, zu besitzen. Allein dem Sinne des S.C.s war es entsprechend, ihn ebenso zu behandeln, als wenn er niemals usucapirt gehabt hätte, und so mußte er, wenn er b. f. possessor war, die Bereicherung, wenn er praedo war, die Sache selbst oder deren Aestimation und zwar, wenn sie noch existirte,

nach dem iuramentum in litem des Klägers herausgeben. [67])

In dieser Fähigkeit des Usucapienten, an der usurpirten Sache alle Eigenthumsrechte auszuüben, sie zu vindiciren und unwiderruflich zu veräußern, lag nun die practische Bedeutung, welche die pro herede usucapio auch nach dem Hadrianischen S.C. behielt, und in ihr hat sie ohne Zweifel bis auf Justinian fortgedauert. Die Einführung des crimen extraordinarium expilatae hereditatis durch Marc Aurel konnte die lucrativa pro herede usucapio um so weniger abschaffen [68]), als nach ihr zwischen der hereditatis petitio und dem crimen die freie Wahl blieb [69]) und die außerordentlichen criminellen Folgen einer Handlung mit den civilrechtlichen Wirkungen nichts gemein haben.

In Justinians Rechtsbüchern ist diese Materie äußerst nachlässig behandelt. Hätten wir Gaius Institutionen früher gekannt, so würden gewiß zwei Fragen sehr bestritten seyn: ob auch im Justinianischen Rechte noch die lucrativa pro herede usucapio gelte und ob Grundstücke pro herede nicht schon in drei Jahren usucapirt werden. Für das erstere lassen sich in der That sehr stattliche Gründe anführen. Es wird ausdrücklich gesagt, daß auch der wissentliche Besitzer einer Erbschaftssache pro herede besitze (L. 11. pr. D. de hered.

67) L. 20. §. 21. D. de hered. petit. (5., 3.).

68) Wie Arndts Rhein. Museum Bd. 2. S. 133. annimmt.

69) L. 3. D. Expil. hered. (47., 19.).

pet.), wir finden den pro herede possessor auch in der Usucapionsmaterie mit dem m. f. possessor ex titulo singulari zusammengestellt (L. 4. §. 23. 24. D. de usurp.), es ist von der Regel nemo sibi causam etc. in Anwendung auf die lucrativa und non lucrativa pro herede possessio die Rede (L. 33. §. 1. D. de usurp.), die L. 2. §. 1. D. h. t. steht selbst ganz müßig, wenn man nicht die Fortdauer einer lucrativa pro herede usucapio annimmt. Andererseits wird nirgends bemerkt, daß zur pro herede usucapio bona fides erforderlich sey. Ebenso läßt sich für den zweiten Satz anführen, daß Justinian in L. un. C. de usuc. transform. (7., 31.) an die Stelle des alten annus usucapionis drei Jahre gesetzt habe. Allein es wäre ein unverantwortlicher Gebrauch von neu entdeckten Quellen der Rechtsgeschichte, wenn man die neuen Beziehungen, in welche dadurch Justinians Rechtsbücher zu dem älteren Römischen Rechte traten, dazu benutzen wollte, seit vielen Jahrhunderten unbestritten feststehende Rechtssätze wankend zu machen. Auch legt der Umstand, daß vor Auffindung des Gaius Niemand auf den Gedanken gekommen ist, pro herede könne auch mala fide und ein Grundstück in drei Jahren ersessen werden, ein starkes Zeugniß dafür ab, daß der ganze Geist der Usucapionslehre, wie sie in Justinians Rechtsbüchern, insbesondere in den allgemeinen Stellen (pr. I. de usucap. (2., 6.) und L. un. C. de usuc. transform. 7., 31.) dargestellt ist, das Gegentheil mit sich bringe. — Für Justinians Zeit dagegen muß man ein zuver-

sichtliches Vertrauen des Kaisers auf die Ignorirung aller früheren Rechtsquellen bei seinen Unterthanen voraussetzen, wenn er das bloße, oft zweideutige und nicht einmal consequent durchgeführte Schweigen über die früheren Eigenthümlichkeiten des Titels pro herede für genügend ansah, um die Zweifel zu unterdrücken, welche wegen deren Fortdauer hätten entstehen können. Auch liegt darin ein Mangel an Consequenz, daß er bei der hereditatis petitio die Rescission der pro herede usucapio völlig unberücksichtigt gelassen hat, was in Verbindung mit dem Sinne, in welchem er vielleicht L. 1. C. h. t. verstanden wissen wollte [70]), auf die Ansicht führt, diese Usucapion solle der Erbschaftsklage gegenüber ipso iure nicht mehr gelten, wogegen sie in den spätern Theilen der Pandekten als ein gültiger Erwerb, der in dem interd. Quorum bonorum nur rescindirt wird, erscheint. Andere Stellen, welche man wohl als im Zusammenhange des Justinianischen Rechts ungeeignet oder einfältig bezeichnet hat [71]), namentlich L. 29. D. de usurp. (daß der Erbe den Besitz der Sache noch nicht inne gehabt haben darf) und L. 2. C. h. t. (von der Unzulässigkeit der pro herede usucapio gegen sui heredes), verdienen diesen Tadel keineswegs, wenn man überhaupt zugesteht, daß es im Justinianischen Recht noch eine pro herede usucapio gebe.

---

70) Es ist dabei nicht außer Acht zu lassen, daß der Codextitel nur negative Stellen über die pro herede usucapio enthält.

71) Arndts a. a. O. S. 148.

Für die longi temporis possessio et praescriptio hat der Titel pro herede nie gegolten, oder mit andern Worten: der hereditatis petitio konnte niemals die praescriptio longi temporis entgegengesetzt werden.

L. 4. C. Quib. casib. cessat l. t. praescr. (7., 34.) Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. *Libroae.* — Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest: verum his, qui nec pro herede nec pro possessore, sed pro empto vel donato seu alio titulo res, quae ex hereditate sunt vel fuerunt [72]), possident, cum ab his successio vindicari non possit, nihil haec iuris definitio nocet.

L. 7. C. de petit. hered. (3., 31.) Iidem AA. et CC. Restitutae. — Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est: cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse, manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa est.

---

72) Dieses fuerunt geht auf Sachen, welche vom Besitzer veräußert und entweder schon von ihm selbst pro herede, oder vom Erwerber pro emptore oder pro donato u. s. w. usucapirt sind, wenn dieselben wegen eines usus fructus oder Pfandrechts mit einer in rem actio in Anspruch genommen werden: wogegen bei denen, quae ex hereditate sunt, auch an die rei vindicatio des Erben gedacht ist.

Der Grund dieses Satzes wird in der zweiten Stelle von den Kaisern selbst angegeben: cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. Um ihn aber zu verstehen, ist Folgendes voraus zu bemerken: Die l. t. praescriptio ist nicht, wie die Usucapion, ein Eigenthumserwerb, sondern eine Einrede gegen eine in rem actio. Sie beruht zwar insofern auf derselben Idee, wie die Usucapion, daß auch sie einen factischen Zustand wegen seiner langen Dauer bekräftigen will; aber während dieses die Usucapion von innen aus, d. h. dem Rechte selbst nach thut, indem sie das Eigenthum von dem bisherigen Eigenthümer auf den Besitzer überträgt, geht die l. t. praescriptio von dem Aeußeren, dem Besitze und obrigkeitlichen Schutz im Genusse der Sache aus, indem sie den Besitzer gegen Jeden vertheidigt, der ihm vermöge eines Rechts an der Sache den Besitz durch Klage abstreiten will. Daraus geht die erste Verschiedenheit beider Institute hervor, daß die Usucapion bloß mit der Proprietät, als dem Recht an dem innern Selbst der Sache, zu thun hat und theils Rechte des Besitzes oder Genusses, wie das Pfandrecht oder den Nießbrauch, theils auch die Ausübung des Rechts in der Klage als solche gar nicht berührt, während die l. t. praescriptio umgekehrt jedes den Besitz oder den Genuß betreffende Recht umfaßt und nur die Ausübung dieser Rechte in der Abforderung des Besitzes ausschließt. Eine andere Folgerung aus dieser äußerlichen Natur der l. t. praescriptio besteht aber darin, daß für sie der Titel pro herede überhaupt untauglich ist. Denn, wie oben

gezeigt, besteht dieser eigentlich darin, daß man die Erbschaftssachen vermöge behaupteten Erbrechts an sich nimmt, oder die Person des Erblassers für die von ihm hinterlassenen Sachen als mit sich vereint betrachtet. Dieses Erbrecht ist aber nichts Aeußeres, nichts Sichtbares, wie wenigstens zur Zeit des Ursprungs der l. t. praescriptio längst anerkannt war (Gai. 2, 54.): es hat als familia nur einen ganz intellectuellen, der in das Eigenthum oder den Eigenthumsbesitz (usus) der einzelnen Erbschaftssachen als sein einziges Aeußeres ausgeht, und wenn demnach zwar der usucapio, weil sie das Recht erzeugt, daraus insofern unmittelbar beitritt, als es in jenem Aeußern, den körperlichen Erbschaftssachen, erworben werden soll, so doch nicht die l. t. praescriptio zur Ausschließung der hereditatis petitio: denn weder ist der Besitz des pro herede possidens jener äußerliche Besitz, den die l. t. praescriptio [illegible], sondern richtet sich vermöge des pro herede nothwendig auf das Recht an den einzelnen Sachen, noch ist die hereditatis petitio in dem Sinne eine in rem actio, daß sie die einzelnen Sachen als solche aber als äußerlich besitzbare in Anspruch nähme und abvindicirte. So wie sie auf Seiten des Klägers nicht res hereditarias, sondern hereditatem eius esse oder eum heredem esse behauptet, so wird sie auch gegen den Beklagten nicht als Inhaber der Sachen schlechthin, sondern nur als Anmaßer des heredem esse durch eignes pro herede possidere angestellt. Demnach ist sie zwar eine in rem actio, aber mit gemischt persönlicher

Natur, indem sie zwar das se heredem oder hereditatem suam esse, ebenso, wie die rei vindicatio des rem suam esse als absolutes Recht behauptet, aber die Herausgabe des äußerlichen Besitzes der einzelnen Sachen nicht wie die rei vindicatio als unmittelbare Folge der in rem actio als solcher, sondern auf Grund des vom Kläger bewiesenen, mithin beim Beklagten nicht vorhandenen heredem esse von diesem als non heres, folglich als eine officio iudicis vermittelte persönliche Leistung verfolgt: wie sich dieses auch in der Formel beider Klagen ausspricht; denn während es dort, wie in der intentio: rem suam esse, so in der condemnatio: nisi rem restituat heißt, geht hier die intentio bloß auf hereditatem suam esse, die condemnatio aber auf nisi id, quod ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet, restituat. Da nun die l. t. praescriptio nicht Statt findet, wenn die Herausgabe der Sache als persönliche Leistung, sondern nur, wenn sie unmittelbar kraft einer in rem actio gefordert wird, so erweist sich der titulus pro herede auch nach der Natur der hereditatis petitio als ungeeignet, den Besitzer durch l. t. praescriptio zu schützen, und die Verfasser der L. 7. C. cit. dürfen nicht beschuldigt werden, von der hereditatis petitio etwas Verkehrtes ausgesagt zu haben.[73])

---

73) Wie dieses von Löhr Magazin Bd. 4. S. 25. und Arndts Rhein. Museum Bd. 2. S. 143. geschieht. Insbesondere ist es auch ein Irrthum, wenn man einen Schein von per-

Auch bei der l. t. praescriptio ist es übrigens, wie die Sache selbst ergiebt und die angeführten Stellen bestätigen, entschieden gleichgültig, ob der Besitzer Erbe zu seyn glaubt oder nicht. Da nun im Justinianischen Rechte die usucapio fast in allen Stücken die Natur der l. t. possessio angenommen hat, so ist mit Recht auch hieraus geschlossen worden, daß die Justinianische pro herede usucapio auch dem putativen Erben gegen den wirklichen Erben nicht nütze.[74] Außerdem mußte die Gleichstellung der usucapio und l. t. possessio im Justinianischen Rechte die oben bezeichnete Inconsequenz begünstigen, daß nach einigen Stellen, namentlich nach dem Codexrecht, die pro herede usucapio als ipso iure unwirksam behandelt zu seyn scheint, wie es die l. t. praescriptio in der That von jeher war.

B. Die usureceptio fiduciae.[75]

Um die usureceptio fiduciae verständlich machen zu

sönlicher Natur der Klage auf die Fälle der iuris possessio pro herede aut pro possessore beschränken will. Nur macht es diese besonders anschaulich, wie das Restituiren des pro herede possessor in der Erbschaftsklage ein ganz anderes ist, wie das des Besitzers in den speciales in rem actiones, indem ja jene iura gar nicht einmal als unmittelbarer Inhalt eines dinglichen Rechts gedacht werden können. In dieser Hinsicht sagt denn auch Ulpian L. 25. §. 17. D. de hered. petit. (5., 3.): Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales: utputa eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.

74) Arndts a. a. O. S. 137 flg. v. Vangerow Leitfaden a. a. O.

75) Dieser Ausdruck kommt nicht vor, ist aber richtig gebil-

können, muß erst die Natur der fiducia überhaupt entwickelt werden, wofür bis jetzt nur Unzureichendes geschehen ist.[76])

Fiducia nach der allen abgeleiteten Bedeutungen zum Grunde liegenden Hauptbedeutung ist ein Vertrauen mit völliger persönlicher Hingabe. Fides messe ich Jemandem bei, wenn ich annehme, daß er in irgend einer Berührung mit der Peripherie meiner Rechtssphäre in seinem Handeln gegen mich sich gewissenhaft und treu beweisen werde: fiducia aber, wenn ich in irgend einer Beziehung gleichsam mich selbst, also das Centrum meiner Rechtssphäre ihm in demselben Vertrauen hingebe. Daher heißt fiducia im gewöhnlichen Sprachgebrauch eine zuversichtliche Hoffnung, ein zuversichtliches Vertrauen, d. i. wobei man sich seiner selbst erwägt im Vertrauen auf die Gewißheit dessen, das man hofft, oder Zuverlässigkeit dessen, dem man vertraut. Ebendaher heißt nun fiducia in juristischer Anwendung ein solches Geschäft, durch welches man etwas — Person oder Sache — von der Persönlichkeit aus, d. h. gleich-

---

det, da man schon zu Cicero's Zeit fiducia auch für die durch fiducia übertragene Sache gebrauchte, und z. B. sagte fiducia accipitur, committitur.

76) Dieses gilt auch von der neuesten uns bekannten selbstständigen Behandlung des Gegenstandes: H. A. Zachariae Comm. de fiducia. Gothae 1830. 4., wo p. 4. die frühere Literatur angeführt ist, und den gelegentlichen späteren Aeußerungen darüber, z. B. von C. Sell de Rom. nexo et mancip. p. 67 seq. Puchta Cursus der Instit. Bd. 2. S. 698 flg. Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. R.-W. Bd. 13. S. 182 flg.

sam die Persönlichkeit selbst, insofern sie darin liegt, dem Andern anvertrauungsweise hingiebt. Darin liegen folgende weitere Bestimmungen:

Erstens giebt es keine fiducia ohne eigentliche datio, Hingabe des Rechts selbst[77]), und schon dadurch

77) Gai. 2., 59. nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit. vel in iure cesserit. Paul. S. R. V., 1. §. 1. Iidem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt. II., 13. §. 6.... rem fiduciae datam. Man muß sich aber hüten, nicht solche Stellen auf fiducia zu beziehen, in denen bloß dare ohne Erwähnung von fiducia steht, wie namentlich in der häufigen Redensart pignori dare, was überall und stets (vgl. Paul. S. R. V., 1. §. cit.) nach dem allgemeinen auch sonst (z. B. in utendum dare) vorkommenden Sinne von dare = tradere (Senec. de benef. 1., 10.) lediglich auf das durch Besitzübergabe bestellte gewöhnliche Pfandrecht zu beziehen ist. Auch beruht es auf einem Mißverständniß sowohl des alten nexum, welches niemals in einem b. f. negotium und folglich auch nicht in der fiducia lag, als auch des Sprachgebrauchs der Kaiserzeit, der nectere namentlich beim Pfandrecht gern für obligare gebrauchte, wenn man pignori oder hypothecae nectere auf die fiducia bezieht, wovon schon das häufige Vorkommen des Ausdrucks in den Justinianischen Rechtsbüchern hätte abhalten sollen. Endlich ist es überhaupt verwirrend, wenn man die fiducia als eine Unterart des allgemeinen Begriffs pignus behandelt (obwohl man doch weiß, daß suae rei non est pignus). Diese Ansicht ist zwar aus einer Betrachtung der fiducia unter dem einseitigen Gesichtspunct ihrer Anwendung zur Sicherung eines Gläubigers erklärlich, aber auch ein folgenreicher Irrthum, der namentlich die richtige Einsicht in die Geschichte des Römischen Pfandrechts verschließt. Fiducia ist eben so wenig ein pignus, wie ein depositum, sondern ein völlig selbstständiges Geschäft, welches auch, wenn es für ähnliche Interessen, wie jene negotia iuris gentium eingegangen (iure pignoris, iure depositi contrahirt) wird, niemals unter deren Begriff fällt und deren Natur annimmt, so wenig, wie das fideicommissum zugleich ein legatum, die mancipatio eine traditio ist u. s. w.

unterscheidet sich die fiducia von manchen verwandten Geschäften, z. B. der pignoris datio, meist auch dem depositum. Zweitens muß diese Hingabe bloß anvertrauungsweise geschehen, so daß der Empfänger, obgleich er formell das volle Recht an dem Gegenstande hat, doch materiell es als ein fremdes ansehen muß: wobei aber nicht ausgeschlossen ist, daß der Empfänger auch ein Interesse an dem Empfange habe, welches aber nur nicht mit dem Eigen selbst zusammenfallen darf.[78]) Dieses zweite Moment hat die fiducia mit vielen andern Geschäften, z. B. der Dos, dem Darlehn und allen Condictionsgründen gemein. Endlich drittens aber muß — und hierin liegt gerade das eigentlich Charakteristische der fiducia — der Gegenstand dieser Anvertrauung, etwas Persönliches, die familia selbst in irgend einer Beziehung seyn. Je paradoxer diese dritte Bestimmung auf den ersten Blick erscheint, da ja so oft von Sachen als Gegenstand der fiducia die Rede ist, eines desto sorgfältigeren Beweises bedarf dieselbe.

Um jedoch dieser Paradoxie von vorn herein eine unnöthige Schärfe zu nehmen, erinnern wir daran, daß nach Römischem Rechte die familia zwei Seiten oder Richtungen hat, indem sie einerseits die Personen als solche (pater, mater, filius familias), andererseits aber

---

78) So hat der Gläubiger das Interesse der Sicherung für seine Forderung, der, welchem ein filiusfamilias noxae causa mancipirt ist, das Interesse, ihn den Betrag der Condemnation abarbeiten zu lassen, Gai. 2., 140. Papinian. in Collat. 2., 3.: wiewohl der letzte Fall keine eigentliche fiducia enthält.

auch die Jemandem unterworfenen Sachen, nicht als einzelne, sondern insofern sie noch mit der Person eins sind, die Vermögensgesammtheit in ihnen zur Erscheinung kommt, umfaßt. Es wird sich nun zeigen, daß alle Fälle der fiducia in dieser Begriffsbestimmung ihres Gegenstandes aufgehn und alle eigenthümlichen Grundsätze derselben nur in ihr ihre Erklärung finden.

I. Fälle, in denen die Person selbst Gegenstand der fiducia ist.

Mit Unrecht hat man hieher gerechnet das alte nexum [79]), indem man es als eine sui mancipatio auffaßte. Eine solche war es nicht, und weder wird es jemals so geschildert, noch auch zu den Fällen der fiducia gerechnet, mit deren Rechte als eines b. f. negotium auch sein stricter Charakter im directen Gegensatze steht. [80]) Das necti, in Folge dessen der Schuldner nach dem Verfalltage manu iniecta selbst nexus wurde, geschah allerdings per aes et libram, aber der Gegenstand dieses Geschäfts war nicht das suum ius der Person des Schuldners, ja es bestand überhaupt nicht in irgend einer Veräußerung desselben, sondern in

---

79) Zachariae l. c. p. 12 . . . 18. und mehrere Andere, welche Bachofen für das Nexum S. 24. 64. anführt. Er selbst vertheidigt mit mehreren Früheren in dieser Beziehung die richtige Ansicht.

80) Auch die neuesten Schriftsteller über das Nexum, Sell, Bachofen, Rudorff, rechnen die fiducia mit zum nexum, indem sie übersehen, daß zu dem Begriff des letztern vor Allem die stricti iuris obligatio und das certum gehört. So ist z. B. auch ein fideicommissum und selbst ein sinendi modo legatum aus einem testamentum per aes et libram keine nexi obligatio.

einer publicistischen und daher besonders strengen, nach den dies XXX iusti (seit der Kündigung vor Zeugen) zu factischer Unterwerfung (mittelst manus iniectio oder abductio — nexum inire, nexum se dare) und damit zum Genuß der operae berechtigenden Obligirung der Person, indem diese durch die Zuwägung vor den fünf Zeugen, d. h. dem Römischen Volk, eben so öffentlich civilrechtlich und dem iudicatus gleich verpflichtet wurde[81]), wie das bloße Darlehn nach natürlichem Rechte den Einzelnen als solchen verpflichtete. — Ueberhaupt war eine Selbsthingabe des paterfamilias in das mancipium unmöglich, weil diese sächliche Behandlung doch immer ein von dem mancipirenden Subject verschiedenes und ihm gegenüber zum Sächlichen sich hinneigendes Object voraussetzte.

Eine Ausnahme davon macht die coemtio der Frauen, insofern sie in einer Art von Selbstmancipation bestand; doch ist es nur eine scheinbare Ausnahme, weil die Frau dadurch nicht in das sächliche mancipium, sondern in die die freie Person anerkennende manus kam.[82]) Die Möglichkeit derselben beruhte darauf, daß die Frau nach ihrer Bedeutung in der Familie schon an sich dazu bestimmt ist, eine untergeordnete Stellung im Verhältniß zum Manne einzunehmen, wie sie denn auch schon vorher in der Tutel ihrer Agnaten

---

81) Ich beziehe mich hierfür, wie für alles Folgende, was das nexum betrifft, auf meine immittelst erschienene Schrift: über das Recht des nexum und das alte Röm. Schuldrecht. Lpz. 1846.

82) Gai. I., 123. und dazu meine Studien B. I. S. 198 flg.

stand und unter der Auctorität derselben die coemtio machte. Weil nun aber hier die familia in einer Person Gegenstand der Uebertragung war, so konnte hierbei auch eine fiducia vorkommen, sobald nämlich der Grund und die Absicht der Uebertragung nicht Ehe, — in deren Falle eine materielle Hingabe in das Recht des Mannes um dessen willen Statt fand — sondern eine im bloßen Interesse der Frau geschehene Anvertrauung war, z. B. um ein Testament machen zu können, gesetzliche Tutoren oder auf einer gethanen Erbschaft ruhende Opferverpflichtungen los zu werden (fiduciaria coemptio). [83]) Hier bedung sich also die Frau bei der coemptio aus, daß sie selbst einem Dritten, und nachdem sie von diesem manumittirt seyn würde, ihr Vermögen ihr selbst remancipirt werden solle. Auf das erstere hatte sie keine fiduciae actio, weil das alienum ius sie hinderte, gegen den eine actio anzustellen, in dessen Rechte sie stand, sondern sie konnte nur extra ordinem durch den Prätor die Remancipation erzwingen; wohl aber wegen des Vermögens, da die erlittene capitis deminutio die fiduciae actio ohne Zweifel nicht aufhob. [84])

83) Gai. 1., 114 ... 115 a.

84) Gaius in L. 8. D. de cap. min. (4., 5.). Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire: quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem: L. 9. eod. Ut quandoque emancipata agat. Vgl. L. 61. D. mand. (17., 1.). Bei der

Ein zweiter Hauptfall der rein persönlichen fiducia war, wenn der Vater seinen filiusfamilias bloß anvertrauungsweise mancipirte. Dieses geschah, so oft die Auflösung der väterlichen Gewalt bezweckt wurde, und die lex fiduciaria lautete bei den ersten beiden Mancipationen auf Manumission, damit der Sohn wieder in die väterliche Gewalt zurückfiele, bei der dritten auf Remancipation. [85]) Ein anderer Zweck konnte ursprünglich wohl auch die Verpfändung des Sohnes für eine Schuld seyn, die aber später verboten war und dem Gläubiger eine außerordentliche Strafe zuzog. [86]) Mancipirte der Vater seinen Sohn ex noxali causa, so hatte zwar der Verletzte auch nur ein persönlich inhaltloses mancipium über den Mancipirten und es wurde völlig inhaltlos, sobald derselbe durch seine Acquisitionen die Schuld gedeckt hatte; aber eine actio fiduciae

---

rei uxoriae und fiduciae actio war dieser Satz wohl von jeher unbestritten, weil beide in einem noch höheren Sinne b. f. actiones sind, als die übrigen, indem sie nicht bloß auf der fides für anvertraute einzelne Sachen oder Geschäfte beruhen, sondern sogar eine persönliche Anvertrauung zum Inhalt haben. Auch die dos gehörte nämlich gewissermaßen dahin, seitdem für sie in Folge der willkührlichen Scheidungen das Princip der res uxoria aufgekommen war und die Frau sich (der Vater seine Tochter) nebst dem Vermögen dem Manne nicht mehr schlechthin, sondern mit Vorbehalt eigenen Rechts auf den Fall schlechter Behandlung (resp. des Todes der Tochter bei Lebzeiten des Vaters) hingab.

85) Gai. 1., 132. Epit. 1., 6. §. 3. (§. 8. I. de legitim. agnat. succ. (3., 2.). L. 2. §. 15. D. ad SC. Tertull. (38., 17.). L. 3. Th. C. de legit. hered. (5., 1.).

86) Paul. S. R. V., 1. §. 1. Nov. 134. c. 7. — Liv. 2., 24. und Dionys. 6., 29. 37. beziehen sich nicht hierauf. Vgl. meine angeführte Schrift S. 71.

stand dem Vater oder Sohne selbst nicht zu, weil dieser zur Befreiung von einer Schuld, mithin nicht aus dem bloßen Interesse des Vaters mancipirt war und derselbe also auch keine Remancipation ausbedingen konnte [87]); der Vater, oder nach der Sabinianer Meinung über die drei Mancipationen, der Sohn, konnte also nur durch außerordentliche Hülfe des Prätors die Manumission erlangen. [88])

Verwandt dem vorigen Falle ist endlich der der Remancipation einer Frau von Seiten ihres Coemtionators, um sie aus der Manus zu entlassen. Nur konnte er sich nicht eine Remancipation ausbedingen, um selbst zu manumittiren, weil sein eigenes Recht der Manus ein inhaltloses war; und selbst die Manumission auszubedingen, war wohl nicht schlechthin nothwendig, weil nicht er, sondern die Frau das Interesse an derselben hatte und daher auch ohne contrahirte fiducia beim Prätor darauf dringen oder im Census sie sich selbst verschaffen konnte. [89]) Dagegen beweist auch nichts der Ausdruck fiduciarius tutor für einen solchen, der seine Tutel kraft der Freilassung aus dem Mancipium hat. Man nannte nämlich fiduciarium im weitern Sinne [90]) auch ohne Rücksicht auf eine wirklich contrahirte fiducia Alles, was Jemandem nur in fremdem In-

---

87) Gai. 1., 140. 4., 75. 79. Collat. 1., 3.
88) Collat. l. c.
89) Collat. l. c. Gai. 1., 140.
90) Im eigentlichen Sinne wird es nämlich, wie commodatarius, depositarius u. s. w., von dem gebraucht (Gloss. Palaem.

teresse und folglich nur zu formellem Rechte gleichsam anvertrauungsweise überlassen war oder aus einem solchen Rechtsverhältnisse herstammte, vorausgesetzt jedoch, daß auch der Gegenstand der Natur der fiducia entsprach. So heißt also fiduciaria tutela jede, welche auf Freilassung aus dem Mancipium beruht, weil dieses ein materiell inhaltloses alienum ius ist, in welches der Sohn oder die Frau gleichsam nur anvertrauungsweise übergeben wird [91]), mit Ausnahme jedoch der Tutel des parens emancipator, der aus einem vorbehaltenen Mancipium manumittirt hat; denn da dieses die materiell bedeutungsvolle väterliche Gewalt nur in anderer Gestalt fortsetzt, so ist es selbst ein materiell eben so inhaltvolles Recht und die daraus herrührende Tutel heißt daher, obgleich dieses Mancipium des Vaters in der That auf einer fiducia contracta beruhte, doch nicht fiduciaria, sondern legitima, wie die des Patrons; wogegen der Sohn des parens emancipator wieder eine fiduciaria tutela hat [92]), weil sie bei ihm — der nie so die väterliche Gewalt über seinen Bruder, wenn

---

s. v.) qui rem aliquam fiduciae accepit; dann aber auch von der Sache, welche zur fiducia gegeben worden ist. Paul. S. R. II., 13. §. 2. 7.

91) Gai. 1., 115. 166. 172. 195. Ulp. 11. 5. Theophil. Paraphr. 1., 19. Tit. I. de fiduciar. tut. (1., 19.).

92) Wenn Gaius 1., 174. von den Söhnen des pater emancipator genauer sagt: fiduciarii tutoris loco numerantur, im Gegensatz der eigentlichen fiduciarii tutores 1., 166. Lachm., so beruht dieses darauf, daß bei ihm der Grund der bloß formellen Bedeutung dieses Rechtsverhältnisses nicht ein fiduciäres Mancipium ist.

dieser nicht emancipirt, wie der Sohn des Patrons die dominica potestas über den Freigelassenen, wenn dieser nicht manumittirt worden wäre, geerbt haben würde, — nicht aus einem Rechte von materiellem Inhalt herrührt.[93]) Noch mehr entfernt sich von dem Verhältniß einer wirklichen fiducia die Bezeichnung des directen Erben, dem die Herausgabe der Erbschaft ex SC. Trebelliano aufgetragen ist, mit dem Ausdruck fiduciarius heres; denn hier findet nicht einmal eine Mancipation (wenigstens nicht im Falle der Intestaterbschaft), sondern bloß eine solche Einsetzung in die Erbschaft Statt, daß der Erbe sie gleichsam nur für einen Andern

93) Es ist zu verwundern, daß die Neuern sich in dieses von Theophil. Paraphr. I., 19. so klar und schön auseinandergesetzte Verhältniß immer noch nicht finden können. Der Grund liegt wohl hauptsächlich in dem Irrthum, daß man meint, fiduciaria tutela sey nothwendig nur eine mittelbar auf einer contracta fiducia beruhende Tutel, wozu wieder die Wahrnehmung verführte, daß alle diese Verhältnisse, woraus vermittelst Manumission die fiduciaria tutela herstammt, durch Mancipation begründet werden und dabei an sich eine fiducia vorkommen kann. Ohne Zweifel hat nun auch diese Beschaffenheit der gedachten Fälle die Bezeichnung fiduciaria tutela mit begünstigt, wofür man sich auch auf Gai. I., 172. berufen kann: wiewohl hier doch das quod etsi placeat etc. mehr auf das unmittelbar vorhergehende cum ipsi se oneri subiecerint, als auf den entfernteren Ausdruck sed fiduciarios quoque etc. sich bezieht und davon eine Ausnahme machen will. Vgl. I., 166. Daß die Tutel gerade in dem einzigen unter diesen Fällen, in welchem sie wirklich stets durch eine fiducia begründet wurde, die des Vaters, nicht fiduciaria sondern legitima heißt, ist jedenfalls eine schlagende Widerlegung dieser Ansicht: doch hinderte die Erkenntniß dieses Gegenarguments vielleicht die falsche Lesart bei Theophil. I., 23. pr., wo die Parenthese nicht hinter Φιδουκιαρία sondern schon hinter ἐπιτροπὴ zu schließen ist. Vgl. die Addend. ed. Reitz. p. LXIX.

erhalten soll.[94]) Bei nicht-juristischen Schriftstellern wird der Ausdruck endlich auch auf eine in ähnlicher Weise übertragene Staats- oder Amtsgewalt angewandt.[95])

In den gedachten drei Hauptanwendungen der fiducia auf das unmittelbar Persönliche ist es also ein integrirender Bestandtheil der familia, welcher hingegeben wird, die mulier coemptionem faciens selbst, der, welcher in der patria potestas, diejenige, welche in der manus steht.

II. Fälle, in denen der sächliche Theil der familia Gegenstand der fiducia ist.

Auch hier müssen wir erst wieder einen fälschlich hieher gerechneten Fall von vorn herein abweisen: die Mancipation der familia pecuniaque an den familiae emptor in dem testamentum per aes et libram.[96]) Niemals sprechen unsere Quellen in diesem Falle von einer fiducia, noch nennen sie den familiae emptor je fiduciarius. Auch traten die Bedingungen der fiducia nicht ein; denn sieht man auf die ältere Gestalt dieses Testaments, so erhielt der familiae emptor damals die familia nach dem Tode des Erblassers wirklich und zu eigenem unwiderruflichen Rechte.[97]) Nach der spätern dar-

94) L. 9. §. 1. D. de reb. cred. (12., 1.). L. 46. 67. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36., 1.). Orell. Inscr. Tom. II. n. 3524.

95) Fiduciarium regnum Hirt. bell. Alex. 23.; imperium Curt. 5., 9.; eam (urbem) Lacedaemoniorum tyranno veluti fiduciariam dare, ut victori sibi restitueret Liv. 32., 38.; opera legati Caes. bell. civ. 2., 17.

96) Zachariae l. c. c. VIII. p. 49 seq.

97) Gai. 2, 102. Theophil. Paraphr. 2., 40. §. 1.

in vorgenommenen Veränderung aber bekam der familiae emptor die familia gar nicht, sondern diese Mancipation war bloß eine imaginaria [98]). Die Vorstellung endlich, daß das Vermögen jemals sogleich mit abgeschlossener Mancipation auf den familiae emptor übergegangen sey und nur wegen hinzugefügter fiducia dem Testator auf dessen Verlangen hätte remancipirt werden müssen, steht mit der ganzen Natur des Römischen Testamentsrechts in Widerspruch, welches keinen testatorischen Willen in irgend welcher obligatorischen Gestalt kennt. Vielmehr bekundet der Zusatz in der Formel der familiae emptio: Quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, daß die Mancipation des Vermögens nur insofern es Erbschaft werden würde, also auf den Todesfall des Testators gemeint war und bis dahin gar nichts übertrug. [99])

Es giebt vielmehr nur zwei hierher gehörige Fälle, oder wenn man will, drei, indem der Fall der coemptio fiduciaria, wie wir oben gesehen haben, gemischt

---

98) Gai. 2., 104. Ulp. 20., 2.

99) Gai. 2., 104. Man wende nicht ein, daß dieser Zusatz erst der spätern Form dieses Testaments angehören könne. Denn schon früher nannte man diese Art von Uebertragung der familia auch ein testamentum, Gai. 2., 102., und es scheint mir im Wesen des Römischen Testamentsrechts begründet, daß auch schon früher der familiae emptor vom Testator in der lex mancipii für heres erklärt werden mußte, was aber damals noch nicht der principale Grund der Erlangung der familia war, sondern bloß zur Erfüllung der eigentlich übertragenden familiae mancipatio gehörte, daher man doch mit Recht sagte, daß damals der familiae emptor heredis loco gewesen sey.

war und zugleich auf die Person der Frau und auf deren Vermögen ging. Die andern beiden sind die fiducia contracta cum creditore, um ihn wegen einer Forderung zu sichern, und die cum amico, um z. B. im Falle der Abwesenheit oder gegen einen gefürchteten mächtigeren Gegner seine Sachen bei ihm sicherer, als bei sich selbst zu wissen [100]), jener als innerliches, rechtliches Institut dem pignus, dieser ebenso dem depositum als ihren mehr factischen, äußerlichen Gegensätzen entsprechend. In beiden Fällen scheint nun aber unsere Begriffsbestimmung der fiducia, daß sie wesentlich stets nur die familia zum Gegenstande gehabt habe, nicht einzutreffen, weil uns überall res, z. B. ein Sclav, ein Grundstück u. s. w., als deren Gegenstände erwähnt werden. Allein dieser Einwand beweist nichts wider uns; denn so wie die familia persönlich nur in diesen und jenen aus personae, so besteht sie auch sächlich nur in den verschiedenen res, und was wir behaupten, ist also nur dieses, daß nicht die einzelnen Sachen als solche, sondern nur insofern sie die familia ausmachten, diese in einer jeden als einem constituirenden Bestandtheil derselben mit lag, Gegenstand der fiducia gewesen sey. Es gilt hier demnach ganz derselbe Unterschied, den wir hinsichtlich der Erbschaftssachen gemacht haben, zwischen den res hereditariae als solchen, die z. B. nur mit der hereditatis petitio eingeklagt werden können und durch die in iure cessio hereditatis mit Einem Male auf

100) Gai. 2., 60. Boëth. in Cic. Top. lib. IV. p. 39. Orell.

den Cessionar übergehn, und denselben Sachen als einzelnen, auf welche das ganze Recht der singularum rerum acquisitiones Anwendung findet.

Zum Beweise unserer Ansicht dient, außer der Totalanschauung dieses Instituts, vorzüglich das, daß die fiducia nur durch mancipatio oder in iure cessio eingegangen werden konnte und es dabei durchaus keinen Unterschied machte, ob die Sache als einzelne mancipi oder nec mancipi war.[101]) Wenn nämlich die einzelne Sache als solche Gegenstand der fiducia gewesen wäre, so ist nicht abzusehn, warum nicht namentlich eine res nec mancipi auch durch Tradition hätte zur fiducia gegeben werden können, da auch neben dieser eine lex dicta dationi civilrechtlich obligirt; die hier entstehende Klage war aber bekanntlich nicht die fiduciae, sondern die civilis in factum actio. War dagegen eigentlich die familia oder die Person, insofern sie im Sächlichen berechtigt ist, das, was in der Sache zur fiducia gegeben wurde, so war ihr Gegenstand auch mancipi, gleichviel ob die Sache als einzelne mancipi oder nec mancipi seyn mochte, und konnte mithin nur durch

101) Gai. 2., 59. sagt nicht: qui fiduciae causa rem mancipi alicui mancipio dederit, vel nec mancipi in iure cesserit, obgleich sonst selbst bei minder wichtigen Veranlassungen dieser Unterschied hervorgehoben wird (vgl. Gai. 2., 204. 43. Ulp. 19., 8. 9. 16. 17.), sondern schlechthin: qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit, vel in iure cesserit. Ebenso Isidor. Orig. 5., 25. res aliqua und Boëth. l. c. quum res alicui ea lege mancipatur, ut eam mancipanti remancipet, worauf allerdings das Beispiel eines fundus angeführt wird, was aber ganz zufällig seyn kann.

Mancipation oder die ihr gleichgeltende in iure cessio übertragen werden. [102]) Ferner bestätigt die Richtigkeit unserer Ansicht sich dadurch, daß die fiducia ebensowohl bei Personen als bei Sachen vorkommen konnte, was bei keiner Art von Contracten, die sich auf einzelne Sachen beziehn, gilt; Personen und Sachen treffen aber eben bloß in der familia zusammen, wie denn auch an die Personen, welche zur fiducia gegeben werden, ihrer Natur gemäß sogleich ein Vermögen sich anschließt oder wenigstens sich anschließen kann, bei der mulier coemptionem faciens ihr wirkliches Vermögen, beim filiusfamilias das peculium, bei der materfamilias remancipata die dos, wiewohl in den letzten beiden Fällen diese Quasi-Vermögen nicht zugleich mancipirt wurden. Drittens dürfen wir uns auch auf die eigenthümliche Formel der actio fiduciae im Gegensatz aller b. f. actiones aus bloß singulären Obligationsgeschäften — wie wir sie entsprechend den Acquisitionen aus singulären Titeln gar wohl nennen können — berufen. Zwar gingen beide

102) Vgl. Gai. 2., 104. 22. 34. Unter den res mancipi konnte der Gegenstand der fiducia nicht erwähnt werden, 1) nicht als familia, weil diese bei einem noch Lebenden mit der Person zusammenfällt und mithin nicht res ist, aus welchem Grunde auch die freien Personen, obgleich, soweit sie sächlich behandelt werden sollen, mancipi, doch nicht unter den res mancipi vorkommen; aber auch 2) nicht als fiducia, weil diese nicht sowohl eine Sache, als vielmehr eine Art contractlicher Verwendung von Sachen oder Personen ist. Ueberhaupt bezieht sich der Unterschied von res mancipi und nec mancipi nur auf die einzelnen Sachen, welche in Jemandes Vermögen stehen (wozu auch die Erbschaft gehört, die nec mancipi ist), und betrifft folglich das Vermögen selbst nicht auch.

wohl ohne Zweifel auf dare facere oportere, weil diese Ausdrücke überhaupt den ächlichen Einzelinhalt der b. f. Obligationen bezeichnen [103]) — wie denn auch aus universellen und singulären Titeln gleichmäßig immer die einzelne Sache erworben wird; aber aus singulären Obligationsgründen klagte man schlechthin auf dare facere oportere ex fide bona, d. h. hier wurde dieser sächliche Einzel-Inhalt der Obligation unmittelbar als solcher gefordert und auch nur von der fides abhängig dargestellt, von der schon bemerkt ist, daß sie das peripherische Zusammentreffen der Rechtssphären, das einzelne sächliche Thun und Lassen gegen einander regulirt. In der fiducia actio lautete dagegen die intentio: quicquid paret N. N. A. A. dare facere oportere ex fide bona ita, uti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione. Hier wurde also das äußere sächliche Leisten (dare facere) von dem agere, dem persönlichen Handeln, abgeleitet und zugleich Treu und Glaube, wie sie für dieses im Zusammentreffen der Personen selbst als der Centra der Rechtssphären gelten (inter bonos viros), und erst von da aus auf das einzelne Sächliche influiren (sine fraudatione), als Richtschnur hingestellt. [104]) Ein eben solcher aus universellem Grunde

---

103) Die Vereinigung der bei dem Ausdrucke dare facere in den b. f. actiones, auch wenn im einzelnen Falle bloß ein dare zur Frage stehen mochte, wie z. B. beim Depositum einer Geldsumme, war cautelarisch und in der Natur einer incerta actio begründet, wo man zum Voraus nicht wissen kann, welchen genauen Umfang in irgend einer Beziehung die Obligation habe.

104) Cic. de offic. 3., 15. 17. Top. 17. ad famil. 7., 12.

abgeleiteter Obligationsinhalt stellt sich auch in den Worten der Formel dar, mit denen der fiduciae causa dans, als Erwerber der Hauptobligation aus dem durch mancipio datio oder in iure cessio eingegangenen Geschäfte, sein Contractsrecht bezeichnete: Hanc ego rem tibi fiduciae causa (z. B.) quo tutius ea apud te esset, mancipio dedi, eamque tu mihi ita remancupato, UTI NE PROPTER TE FIDEMQVE TVAM

So wie ich im Text angenommen habe, schließt sich die Construction der Formel am genauesten an die Stellen des Cicero an, wonach die Formeln im Uebrigen nicht verschieden waren und nur ihre Natur als b. f. actiones auf diese verschiedene Weise bezeichnet wurde. Daß man auch zu dem dare facere der fiduciae actio noch ex fide bona hinzusetzte, kann aus Cic. Top. 17. ubi vero etiam geschlossen werden, vgl. de offic. 3., 17. idque (b. f. nomen) versari in . . . fiduciis. — Die rei uxoriae actio bildet gleichsam eine Vermittelung zwischen der fiduciae und den gewöhnlichen b. f. actiones, gehört aber doch wenigstens formell mehr zu den letztern; denn wenn auch die Dos als res uxoria etwas einer universitas Aehnliches hat, so ist sie doch keine wirkliche universitas, selbst nicht eine factische, wie das Peculium, sondern einzelne Sachen, die als solche aus singulärem Grunde zur Dos bestellt und als solche zurückzugeben waren. Dagegen aber beruht sie als arbitrium nicht auf dem sächlichen äußern Credit (der fides), sondern auf dem ehelichen Verhältnisse, also etwas rein Personenrechtlichem, welches durch die boni mores, das bonum und da es auf die Rechte beider Ehegatten ankommt, zugleich das aequum, bestimmt wird: die letztere Rücksicht motivirt zugleich den Comparativ melius aequius (Boëth. ad Top. l. c.). Dieses bonum des persönlichen Verhältnisses ist aber auch der einzige Verpflichtungsgrund des Beklagten — von einem oportere kann nicht die Rede seyn. So wurde also hier die b. f. in der intentio gar nicht erwähnt, diese ging aber auch nicht auf ein dare facere aus einem agere oportere, sondern auf ersteres schlechthin: quantum eius N. N. A. A. dare facere (repromittereve) melius aequius est.

CAPTVS FRAVDATVSVE SIEM.[105]) Denn es heißt nicht, wie sonst gewöhnlich, ob eam rem, sondern mit Richtung auf die Person propter te fidemque tuam, und gleicherweise wird auch zunächst die Person und nur von da aus deren sächliches Interesse als durch die Rechtswidrigkeit des Andern beeinträchtigt mit den Worten captus fraudatusque dargestellt; denn diese verhalten sich zu einander ebenso wie agere und dare facere, familia pecuniaque, indem das erstere die Berückung der Person, das letztere die dadurch bewirkte sächliche Beschädigung bezeichnet (L. 7. §. 10. D. de pactis 2., 14.). Zur Bestätigung dient, daß dieselben Worte in noch einer Anwendung vorkommen — wohl der einzigen, die es außerdem giebt — wo offenbar auch ein universeller Obligationsgrund vorliegt. Wir meinen die de peculio actio, die, wenn sie b. f. war, d. h. aus einem mit dem Sclaven oder filiusfamilias geschlossenen b. f. negotium herrührte, nach Ausweis der für die pignoratitia actio de peculio als die im täglichen Verkehr mit dem Peculium häufigste Klage dieser Art, im Edict aufgestellten Formel den Zusatz in der taxatio enthielt: et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est (L. 36. D. de pecul. 15., 1. Vergl. L. 5. pr. D. eod. L. 1. §. 42. D. depos. 16., 3.). Indem nämlich der Herr oder Vater de peculio belangt wurde, haftete er für das Geschäft des Sclaven

105) Cic. de offic. 3., 17. Vgl. meine Schrift über das Recht des nexum S. 23. Der Empfänger der fiducia sprach nichts: er obligirte nicht.

oder Sohnes auch nicht unmittelbar sächlich, sondern vermittelt durch die Person des Sclaven oder Sohnes, die hinsichtlich ihres Peculium, wie oben schon bemerkt wurde, wenigstens in factischer — aber vom Prätor in dieser Klage zu einem Rechte erhobener — Weise, eine familia pecuniaque haben.

Endlich liegt auch noch darin ein Argument für unsere Ansicht, daß man nur den mit Restitution der hereditas (diese ist aber auch familia) belasteten Erben fiduciarius nannte, nicht auch denjenigen, welchem aufgetragen war, eine einzelne Sache zu restituiren.

Wenn nun die Sache eigentlich nur von der Seite her, wonach sie familia war, zur fiducia hingegeben wurde, so erwarb der Fiduciar zwar vollkommenes Eigenthum an ihr, aber nicht an ihr als einzelner Sache oder kraft eines Singulartitels, sondern insofern die universitas bonorum in ihr lag oder kraft eines universalen Titels, und hiermit erhält auch das andere charakteristische Merkmal der fiducia, daß sie bloß im Interesse des Fiducianten zu formellem Rechte hingegeben wird, seine nähere Bestimmung. Die familia ist nämlich, wie alles Persönliche, wesentlich untheilbar und unveräußerlich [106]), nicht ebenso die Sachen, in welche sie ausgeht, von denen vielmehr dasselbe gilt, wie von den res hereditariae, z. B. bei der in iure cessio hereditatis. Aber wenn nun eine Sache von der Seite der familia her übertragen wird, so hat der Erwerber

106) Vgl. Consultat. c. 6.

von selbst daran nur ein formales Eigen, weil sie ihm nicht aus dem Rechte seiner Person (iure suae familiae), sondern aus dem des Fiducianten gehört, und dieses Recht als solches (als familia) ein unveräußerliches ist, ja als für den Fiducianten fortdauernd durch die lex fiduciae: Hanc ego rem tibi fiduciae causa mancipio dedi, eamque tu mihi remancipato, VTI NE PROPTER TE FIDEMQVE TVAM CAPTVS FRAVDATVSVE SIEM noch ausdrücklich vorbehalten wird. Mit einem Worte, die Sache ist zwar sein, aber als res alienae familiae, welche familia nur dadurch, daß die einzelne Sache in sein Eigenthum übergeben worden, in ihr und mit ihr für den beabsichtigten Zweck gleichsam in seine Gefangenschaft gerathen ist.[107]) Hierdurch unterscheidet sich nun die fiducia wesentlich von allen andern mit Eigenthumsübertragung verbundenen, auf Rückgabe gehenden Geschäften, und es erklärt sich daraus, weßhalb die fiduciae datio so wenig wie die Beerbung für eine eigentliche Veräußerung, durch welche das Legat der Sache aufhört, gehalten wurde[108]), und

107) Nicht ebenso steht es mit den res hereditariae im Falle einer in iure cessio hereditatis oder restitutio ex SC. Trebelliano (welcher letztere Fall jedoch von dem ersteren wieder einigermaßen verschieden ist); denn hier wird die hereditas als eine ursprünglich von der Person des Erben verschiedene Sache, welche nur zugleich eine universitas iuris bildet, mit dem Willen abgetreten, das ganze Recht derselben, so weit es möglich ist, auf den Andern zu übertragen. — Dagegen liefert das an einen fremden Wagen adjungirte Rad ein Beispiel von freilich ganz anderer Art, wie eine Sache als (Theil einer) universitas einem Andern gehören könne, als welchem sie als einzelne Sache gehört

108) Paul. S. R. III., 6. §. 16.

wie bei der fiducia zur Sicherung einer Forderung noch ausgemacht werden konnte, daß im Nichtgeltungsfalle die fiducia verfallen seyn sollte; denn das hieß nun so viel als, die Sache sollte von da an dem Gläubiger auch iure suae familiae gehören, daher nun z. B. die Sache, wenn sie nec mancipi war, nicht mehr durch Remancipation an den Fiducianten zurückveräußert werden konnte.

Endlich erklären sich aber hieraus auch alle Eigenthümlichkeiten der usureceptio fiduciae und deren Verwandtschaft mit dem ja ebenfalls universellen Titel pro herede.

> Gai. 2., 59. Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere anno scilicet, etiam si soli sit, quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. §. 60. Sed cum fiducia contrahatur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo [109]) tutius nostrae res apud eum essent: si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio: si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit: nondum vero soluta ita

109) Alle Ausgaben haben die hier in der HS. stehende Sigle q in quod aufgelöst: unrichtig, weil der Zweck des Geschäfts angegeben werden muß.

demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit.

3., 201. ... debitor quoque, qui fiduciam, quam creditori mancipaverit aut in iure cesserit, detinet, ut superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.

Hiernach zeichnet sich diese Usucapion durch folgende Eigenthümlichkeiten aus: 1. sie entbehrt scheinbar alles Titels; 2. sie erfordert keine bona fides; 3. sie wird auch bei Grundstücken in einem Jahre vollendet; 4. in der wissentlichen Besitznahme der fremden Sache liegt kein furtum; 5. der Usucapionsbesitz wird selbst dann angenommen, wenn der Usucapient vom Eigenthümer den Besitz gemiethet oder auf Gutdünken sich ausgebeten hat, mit bloßer Ausnahme des Falles, daß bei einer Pfand-Fiducia die Pfandschuld noch nicht bezahlt war.

Was nun 1. den Titel betrifft, so ist dieser nicht etwa der titulus pro suo, wenigstens nicht in seiner gewöhnlichen Bedeutung, denn dieser geht auf die einzelne Sache als solche, deren Usucapionsbesitz man von sich selbst ableitet; sondern der Usucapient besitzt die Sache deßhalb, weil sie familiae suae, seine familia, die als solche unveräußerlich war, in dieser Sache zu ihm gleichsam aus der Gefangenschaft zurückgekehrt ist. Der Titel könnte also höchstens mit pro domino bezeichnet werden, wenn man darunter nämlich ebenso die Berechtigung am ganzen eigenen Vermögen, nicht an

der einzelnen Sache als solcher, verstehen dürfte, wie pro herede entschieden die Berechtigung am Vermögen eines Verstorbenen bezeichnet. Da nun aber dieser Sinn des Wortes dominus jedenfalls nicht feststeht, so war es gewiß richtiger, wie die Alten offenbar auch gethan, den Titel durch das bloße Wort usu receptio anzudeuten, indem damit die der fiducia eigenthümliche Art der Gefangenschaft der familia, aus welcher man die Sache usu gewissermaßen in ihren ursprünglichen Rechtsstand zurückerwirbt, vollständig ausgedrückt liegt. Wie aber, wenn der Fiduciar die Sache weiter veräußert hatte? Alsdann fand die usureceptio ohne Zweifel in dem Falle nicht mehr Statt, wenn der Fiduciar nach ihm vom Fiducianten gegebener Erlaubniß, die sich später bei der Pfand-Fiducia schon von selbst verstand, veräußert hatte, weil die Sache nun nicht mehr bloß als familiae alienae, sondern aus dieser familia heraus als einzelne Sache veräußert und erworben war. Ebenso auch, wenn die fiducia dem Fiduciar selbst lege commissoria verfallen oder durch Erlaß der ausbedungenen Remancipation geschenkt war. Außer diesen Fällen aber mußte die usureceptio des Fiducianten fortdauern, da das in der objectiven Beschaffenheit des fiduciarischen Eigenthums an der Sache begründete Verhältniß des Fiducianten zu ihr durch die Veräußerung keine Aenderung erleiden konnte. Auch beschränkt Gaius die usureceptio nicht auf den Fall, daß der Fiduciar noch Eigenthümer der Sache gewesen sey.

2. Der bona fides konnte es nicht bedürfen, weil

der Usucapient, indem er nicht die einzelne Sache als solche, sondern insofern sie familiae suae war, in Besitz nahm, in der That nur zu sich selbst im Verhältniß stand. Denn der Fiduciar hatte zwar das Eigenthum an der Sache, aber nur so wie der heres, vermöge universellen Titels, und in diesem vertrat er gleichsam nur die Stelle des Fiducianten, wie heres und pro herede possessor die des Verstorbenen.

3. Da ferner die Sache, kraft der vorbehaltenen Remancipation, nicht als einzelne, sondern insofern sie familia ist, besessen und usucapirt wird, so kann auch stets nur die für ceterae res vorgeschriebene Zeit des Jahrs zur Anwendung kommen, ebenso wie bei der pro herede usucapio. Doch scheint uns dieses nur im Verhältniß zu dem Fiduciar behauptet werden zu können. Denn hatte dieser weiter veräußert, so besaß der neue Eigenthümer die Sache nicht mehr unter dem Vorbehalt der fortdauernden familia, welcher bloß gegen den Fiduciar ausbedungen war, und so wenig sie dann von dem jetzigen Eigenthümer, wenn sie nec mancipi war, dem Fiducianten hätte remancipirt werden können, eben so wenig konnte sie dieser durch Usucapion anders denn als einzelne Sache von ihm in Besitz nehmen und erwerben. Anders mit dem Titel und der fides, die nicht eine Beschaffenheit der Sache, sondern der Person des Usucapienten sind.

4. Ein Furtum liegt in der Besitznahme nicht, weil der Fiduciar kein factisches Interesse an der Sache hat, aus dem sie entwandt werden könnte. Denn er besitzt

sie zwar körperlich, was aber den animus betrifft, auf den es bei der Begriffsbestimmung des factischen Interesses der Person (der subjectiven possessio), aus dem entwandt seyn muß, wenn ein furtum vorliegen soll, ausschließlich ankommt, so will er sie nicht als eine einzelne ihm gehörige (pro suo), sondern als familia und zwar familia aliena besitzen, folglich mit Anerkennung des fremden Eigenthumsinteresses. Wir tragen daher auch kein Bedenken, den Eigenthumsbesitz (civilis possessio) einer zur fiducia hingegebenen Sache dem Fiducianten zuzuschreiben; denn durch die Mancipation oder in iure cessio hatte er zwar das Eigenthum übertragen, und zugleich konnte damit auch die Detention dem Fiduciar überlassen seyn, was bei der Freundschafts-Fiducia ohne Zweifel regelmäßig geschah; aber hinsichtlich des animus dominii (pro suo) im Besitz der einzelnen Sache als solcher, auf welche sich selbst jene Mancipation gar nicht bezog, hatte sich nichts geändert, und folglich besaß der Fiduciar die Sache alieno nomine, daher auch, wenn ein b. f. emptor die Sache zur fiducia gegeben hatte, er ohne Zweifel zugleich pro emptore fortusucapirte. Hieraus erklärt sich

5. die letzte Eigenthümlichkeit der usureceptio, daß sie selbst dann Statt fand, wenn der Fiduciant die Sache vom Fiduciar gemiethet oder precario zugestanden erhalten hatte; denn da er selbst an der einzelnen Sache als solcher das alleinige Interesse hatte, so mußte hier der Satz materiell zur Anwendung kommen: suae rei non est conductio, precarium u. s. w., wie denn aus

demselben Grunde der Fiduciant ohne Zweifel die Sache vom Freundschafts-Fiduciar auch nicht kaufen [110]), oder als Depositum, Commodat oder Pignus empfangen konnte. Waren aber alle solche Geschäfte ungültig, so wurde dadurch auch der Eigenthumswille des Usucapienten an der Sache als suae familiae nicht gehindert.

So wie es nun aber mit der fiducia nicht *unverträglich* war, dem Fiduciar die Detention der Sache zu übergeben, so konnte demselben auch der wirkliche Besitz zugestellt werden, sofern es nur nicht der Eigenthumsbesitz war (denn dieser hätte allerdings ebenso wie die Uebertragung des Eigenthums an der einzelnen Sache als solcher mit der fiducia im Widerspruch gestanden), und eine solche Besitzübertragung lag schon nach der Natur des Geschäfts in der fiducia cum creditore contracta [111]), weil die Sache hier dem Gläubiger pignoris *iure* für sein Geld haftete: nicht, daß er ein eigentliches pignus an ihr gehabt hätte; aber er sollte sich eben so zu seiner Befriedigung, wofür sie nur als einzelne Sache geeignet war, an sie halten, wie an eine res pignerata. So lange also der Gläubiger nicht

---

110) Dem Fiduciar selbst konnte der Fiduciant freilich auch nicht verkaufen, aus demselben hier nur formell zur Anwendung kommenden Grunde (vgl. die oben S. 160. erläuterte L. 21. D. de usurp.), wohl aber konnte er einem Dritten verkaufen, bei der Freundesfiducia schlechthin, bei der Pfandfiducia so, daß er mit dem Kaufgelde den Gläubiger abfand und nur die remancipirte Sache dem Käufer prästirte. Paul. S. R. II., 13. §. 3.

111) Die cum amico contracta fiducia konnte wohl auch zum Behuf der Sequestration angewandt werden, wo dann ebenfalls Besitzübertragung möglich gewesen seyn wird.

der in den Besitz des Pfandgläubigers zurückkommen, um als in potestatem domini reversa betrachtet werden zu können, oder sie sey schon dadurch selbst, daß sie, obgleich furto, in den Besitz des Eigenthümers zurückgekommen, in potestatem domini reversa? Auf den ersten Blick scheint für das Erstere der Wortlaut des Atinischen Gesetzes, welches gesagt hatte in potestatem eius, cui subrepta est, reversa sit [116]), für das [illegible]re der Sinn desselben zu sprechen (denn natürlich setzen wir dabei den regelmäßigen Fall voraus, daß der Pfandgeber zugleich Eigenthümer war, aus welchem Grunde auch die Römischen Juristen den Fall stets so behandeln: ob der, an welchen der Pfandgeber nachher veräußert hat (namentlich durch Tradition einer res mancipi), usucapiren könne oder nicht, da ja der Eigenthümer der Usucapion nicht bedarf). Auch war darüber gewiß kein Streit, daß, wenn die Sache in den Besitz des Pfandgläubigers zurückgekommen sey, das vitium rei jedenfalls aufgehört habe, weil sowohl des Eigenthümers als auch des Pfandgläubigers Interesse an der Sache ein Genüge geschehen, und selbst wenn man annimmt, daß der Pfandgeber, welcher entwandt hatte, nur b. f. possessor gewesen sey, zwischen den Personen, auf welche allein das Vitium sich bezog, Alles wieder in den ursprünglichen Stand zurückversetzt war. [117]) Aber richtiger war die

116) L. 4. §. 6. D. de usurpat. (41., 3.).

117) L. 49. D. eod. Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in potestatem domini pervenerit. Paulus: Imo forsitan (vielleicht, wenn man nämlich in dem nun

Ansicht, daß es einer solchen Rückkehr in die Gewalt des Pfandgläubigers nicht bedürfe, sondern schon der wiewohl in seinem Ursprunge furtive Besitz des Pfandgebers hinreiche, das Vitium in demselben Augenblicke zu beseitigen, in welchem es entstanden war; denn die Furtivität in ihrer Bedeutung für die Usucapion hat es doch immer nur mit dem Eigenthumsbesitz zu thun, da das Pfand durch die Usucapion nicht erlöscht, und nach diesem Gesichtspunct ist das Vitium purgirt, oder richtiger gar nicht entstanden, da auch hier der Eigenthümer die Sache, um die Einwendung wissend, wieder an sich gebracht hat und auf die Art des in potestatem reverti überall nichts ankommt. [118])

---

folgenden Falle die entgegengesetzte, von Paulus selbst — s. die folg. Anm. — nicht gebilligte Meinung annimmt) et contra. Nam si id, quod mihi pignori dederis, subripueris, erit ea res furtiva facta: sed simul, atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit. Vgl. L. 6. §. 3. D. de precar. (43., 26.). Mühlenbruch Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 2. §. 261. Anm. 14. (3. Ausg.) bezieht die Stelle des Paulus unzulässiger Weise auf die Fiducia, obgleich ihn schon Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1. S. 242., darauf aufmerksam gemacht hatte, daß ja alsdann der Pfandgläubiger Eigenthümer ist und folglich Paulus das Gegentheil von dem, was er aufstellt, beweisen würde.

118) L. 4. §. 21. D. de usurp. (41., 3.) Paulus: Si rem pignori datam debitor surripuerit et vendiderit, usucapi eam posse Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit, quamvis cum eo furti agi potest: quod puto rectius dici. L. 5. D. pro emptore s. in Anm. 114. Außerdem gehört hierher wegen Gleichheit des allgemeinen Grundes auch L. 20. §. 1. D. de furtis (47., 2.) Paulus: Si bona fide rem meam emeris, eamque ego subripuero, vel etiam tuus usufructus sit, et eam contrectavero, tenebor tibi furti actione, etsi dominus rei sum. Sed his casibus usucapio

Machen wir nun hiervon Anwendung auf die fiducia, so scheint angenommen werden zu müssen, daß die Sache nach den zwölf Tafeln allerdings auch durch Entwendung derselben von Seiten des Fiducianten furtiv und durch Usucapion entzogen wurde, wenn die Entwendung vor Tilgung der Pfandschuld geschah, und so beschränkte sich also die lucrativa usureceptio einer beweglichen Sache damals auf den Fall, daß die Sache gar nicht in den Besitz des Fiduciars übertragen war, wogegen Verkauf von Seiten des Fiducianten die Sache ohne Zweifel auch furtiv machte. Ob aber das Vitium im Falle einer vom Fiducianten aus dem Besitz des Fiduciars entwandten fiducia nach der Lex Atinia gehoben wurde? Diese Frage mag noch bestrittener gewesen seyn, als beim pignus. Dagegen spricht, daß man nicht sagen konnte, die Sache sey in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt, und daß die fiducia nicht so, wie das pignus von der usucapio unberührt bleibt; dafür, daß das Eigenthum des Fiduciargläubigers doch immer nur einen stellvertretenden universellen Grund hatte und dem Wesen nach der Fiduciant als der beim Einzeleigenthum Interessirte angesehen werden mußte, wogegen die Pfandbefugniß des Fiduciars ganz ebenso wie beim pignus außer Beziehung zu dem Einzeleigenthum stand.[119]) Dieses letztere Argument scheint uns das

---

quasi furtivae rei non impedietur: quoniam et si alius subripiat et in meam potestatem reversa res fuerit, usucapietur.

119) Wurde die fiducia von einem Dritten usucapirt, so verlor dadurch wesentlich doch nur der Fiduciant das Eigenthum

überwiegende, und so würde also zur Zeit des Gaius auch die vom Schuldner aus dem Gewahrsam des Fiduciargläubigers entwandte Sache lucrativ usurecipirt worden seyn.

Das scheint unläugbar, daß, wenn der Fiduciar weiter veräußert hatte, der Fiduciant die Sache nicht ohne furtum an sich nehmen konnte. Aber auch wenn er sie durch irgend ein Rechtsgeschäft von einem dritten Besitzer erlangte, fand die usureceptio fiduciae nicht Statt, weil er nun causam possessionis ipse sibi mutare non poterat. Und so ergiebt sich aus einem andern Grunde, daß diese usureceptio, von einigen seltenen Fällen abgesehen, doch nur gegen den Fiduciar zur Anwendung kommen konnte.[120])

Daß man die usureceptio fiduciae gegen den noch unbefriedigten Gläubiger lucrativa nannte, hat offenbar einen etwas andern Sinn als die gleiche Bezeichnung der pro herede usucapio. Bei dieser wurde dem Erben das Eigenthum, welches er sowohl universell als an der einzelnen Sache als solcher hatte, wissentlich entzogen; durch die usureceptio verlor dagegen der Gläubiger eigentlich nur seine durch die Eigenthumsklage zu schützende Pfandbefugniß, auf welche direct sich die Usu-

---

an der einzelnen Sache als solcher, der Fiduciar bloß seine Pfandbefugniß.

120) Der Fiduciant war übrigens wegen der Veräußerung durch die actio fiduciae gesichert, welche nur dann nicht Statt fand, wenn der Fiduciargläubiger als solcher rechtmäßig verkauft hatte. Paul. S. R. II., 13. §. 5. 6.

capion gar nicht bezieht. [121]) Im Uebrigen war die letztere lucrativa usucapio weder unbillig, so daß eine Aufhebung derselben jemals hätte Bedürfniß werden können, denn der Fiduciargläubiger konnte sich durch Wahrung seines Besitzes vollständig dagegen schützen, noch mag sie im Leben häufig vorgekommen seyn, wenn auch die Gestalt des Geschäfts, daß man dem Schuldner den Besitz der Sache ließ, ohne Zweifel besonders in der ältern Zeit die häufigere war. Da nämlich die fiducia von der Idee der familia ausging, so war auch wohl die älteste Art ihrer Contrahirung die, sein ganzes Vermögen zur fiducia zu geben, sowie in der Kaiserzeit die erste Form der Hypothek die h y p o t h e c a omnium bonorum. Es stimmte dieses auch mit der Natur der stricten Obligation, z. B. des nexum aes, bei welcher die fiducia ursprünglich allein üblich gewesen seyn wird, und die ja ebenfalls die Person als familia ergriff, am besten überein. Gerade in dieser Gestalt aber war es durchaus nothwendig, dem Schuldner den Besitz seiner Sachen zu überlassen, und zu dem Zweck wird damals mit jeder fiducia zugleich ein precarium verbunden worden seyn, welches auch zu dem Verhältniß der Clienten

---

121) Das Eigenthum des Fiduciargläubigers hatte ganz dieselbe Bedeutung, wie der Besitz des Pfandgläubigers in der ältern Zeit — als nothwendige Bedingung der Ausübung des Pfandrechts zu dienen. Auch entzog ihnen ziemlich gleichmäßig der jährige Besitz eines Andern mit der formalen Einkleidung ihres Pfandrechts dieses selbst, dem Fiduciar durch Usucapion seine rei vindicatio, dem pignoratitius durch den längeren Besitz das interd. utrubi.

gegen ihre Patrone, die ja regelmäßig auch ihre Creditoren waren, sich sehr wohl schickte. In der zweiten Periode (nach Vertreibung der Könige) mag es aufgekommen seyn, auch bloß sein Landgut nebst Inventarium, oder sein Haus mit Zubehör zur fiducia zu geben, und nun wurde auch wohl die Sicherung des Gläubigers durch eine zu niedrigem Zins abgeschlossene locatio üblich. Als man endlich die fiducia auch auf einzelne, besonders auch bewegliche Sachen anwandte, was schon in der dritten Periode am häufigsten geschehen seyn wird, kam das weitere Sicherungsmittel hinzu, daß der Gläubiger sich den Besitz der Sache übertragen ließ. Es weiter zu verfolgen, wie die von den entgegengesetzten Polen des Aeußerlichen und Innerlichen ausgehenden Institute des pignus und der fiducia in ihrer Bewegung gegen einander sich immer mehr ausglichen, gehört nicht hierher, sondern in eine Geschichte des Pfandrechts.

Hierher gehört aber noch folgende Stelle aus Julians lib. 13. Dig. L. 16. D. de obl. et act. (44, 7.): Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat et precario rogavit, precario possidet. nam servus hereditarius sicuti per traditionem accipiendo proprietatem hereditati adquirit, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit. Nam et si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem, commodati et depositi actionem hereditati acquiret. Haec ita, si peculiare negotium contractum est; nam ex hac causa etiam

possessio acquisita intelligi debet. Nach diesem ihrem gegenwärtigen Laute ist die Stelle sinnlos, wie es denn auch keinem der zahlreichen Erklärungsversuche — man vergleiche außer der Glosse Cuiacius ad h. l. Chesius differ. iur. c. 89. (Iurispr. Rom. et Att. T. II. p. 872.), Jos. Fern. de Retes Opusc. I., 13. (Thes. Meermann. T. VI. p. 53.), Pothier Pand. Iust. XLIII., 26. n. 8. — gelungen ist, sie mit sonst anerkannten Rechtsgrundsätzen zu vereinigen. Da sie nämlich im Sinne des Justinianischen Rechts auf die Usucapion einer res b. f. possessa bezogen werden muß, so sieht man nicht ein, warum der Besitzer in gutem Glauben, der dem Erbschaftssclaven die Sache für ein von ihm empfangenes Darlehen verpfändet und sie von ihm precario erhalten hat, nicht nach gewöhnlichem Rechte (L. 36. D. de acquir. poss. 41., 2.) fortfahren sollte zu usucapiren. Nimmt man an, die Sache sey eine Erbschaftssache gewesen, so ist dieses theils reine Willkühr, theils würde dann die Usucapion nicht erst, wie Julian sagt, durch den Empfang als Precarium, sondern schon durch das Hingeben zu einem nichtigen Pfande unterbrochen worden seyn. L. 33. §. 5. D. de usurp. (41., 3.) L. 29. D. de pign. act. (13., 7.). Endlich passen zu der ganzen Voraussetzung die Worte proprietatem acquirit nicht, da das Pfand zumal an einer res b. f. possessa kein Eigenthum überträgt. Alle Schwierigkeiten heben sich dagegen, wenn man ein gewöhnliches Emblem annimmt, wodurch die Compilatoren hier freilich aus Gedankenlosigkeit eine Albernheit in ihr Rechts-

buch gebracht haben. Statt pignoris causa ei tradiderat hatte Julian fiduciae causa ei mancipaverat, statt per traditionem — mancipio geschrieben und überhaupt die usureceptio fiduciae vor Augen. Es fragte sich, ob, wenn Jemand für ein von einem Erbschaftssclaven aufgenommenes Darlehn demselben eine Sache zur Fiducia mancipirt und sich den Besitz derselben bittweise zugestehen läßt, auch dieses ein gültiges Precarium sey, welches seine usureceptio hindere? Dagegen scheint zu sprechen, daß der Besitz weder vom Sclaven noch von der Erbschaft erworben, also auch nicht wieder dem Schuldner precario zugestanden werden konnte. Auch hat der Sclav als solcher kein Recht der Administration und kann deshalb eine seiner Herrin, der Erbschaft, gehörige Sache nicht in fremden Gewahrsam überlassen. Allein der Jurist entscheidet für die Gültigkeit des Precarium, vorausgesetzt nur, daß der Sclav mit dem Darlehen ein Peculiargeschäft vornahm und demgemäß auch die Fiducia in sein Peculium bekam. Denn erstens kommt es beim Zugeständniß zum Precarium nicht darauf an, daß der Zugestehende Besitzer sey, wenn er nur Eigenthümer ist (L. 18. D. de precar. [43., 26.] L. 21. D. de acquir. poss. [41., 2.]), und das Eigenthum hat doch der Sclav der Erbschaft durch mancipio acceptio jedenfalls erworben. Sodann aber steht dem Sclaven, der ein Peculium hat, die Administration desselben zu, wohin eine solche Zugestehung des Precarium bei pignori oder fiduciae acceptio ebensowohl gehört, wie das Commodat oder Depositum einer peculiaren

Erbschaftssache, wodurch er ohne Zweifel der Erbschaft die actio commodati oder depositi erwirbt. Ja auch den Besitz muß man unter Voraussetzung eines Peculiargeschäfts der Erbschaft an der vom Sclaven empfangenen Fiducia zuschreiben — obgleich eine Erbschaft eigentlich nicht besitzen kann —, weil zum Besitzerwerb durch Sclaven an Peculiarsachen Wissenschaft des Herrn nicht erforderlich ist (L. 44. §. 1. D. de acquir. poss. 41., 2.) und auch außerdem die bloße civilis possessio (nicht auch die possessio schlechthin, weil sie unmittelbar facti et animi est, weßhalb eine Erbschaft keinen Diebstahl und keine zu den Interdicten berechtigende Dejection oder Störung erleiden kann, L. 1. §. 15. si is qui testam. lib. 47., 4.) für Erbschaften da, wo es keines positiven Actes zum Heben derselben bedarf, wie bei der Fortsetzung des vom Erblasser erworbenen Besitzes und in andern Fällen, anerkannt ist. L. 11. §. 2. L. 29. D. de captiv. (49., 15.) L. 44. §. 3. 7. L. 20. L. 31. §. 5. L. 40. D. de usurp. (41., 3.). [122])

122) Durch meinen Freund Rudorff bin ich darauf aufmerksam gemacht worden, daß schon Arndts, Beiträge Hft. I. S. 208 flg. (1837), die Sinnlosigkeit der L. 16., so wie sie in Justinians Pandekten steht, und die ursprüngliche Fassung und Beziehung derselben nachgewiesen hat. Der Uebereinstimmung mich freuend, habe ich mich doch nicht entschließen können, meine Ausführung unter bloßer Verweisung auf die Arndts'sche Abhandlung zu unterdrücken, weil im feineren Detail sowohl der Restitution als der juristischen Auffassung Abweichungen übrig bleiben und mir meine Erklärung die richtigere scheint. Bemerken will ich nur, daß auch pignoris Emblem statt fiduciae ist. Denn man kann wohl einmal sagen fiducia pignoris causa contrahitur, um sie von der cum amico zu unterscheiden, nicht aber

Die Freundes-Fiducia deckt sich ihrem Zwecke nach bei weitem nicht in dem Maaße mit dem Depositum, wie die Pfand-Fiducia mit dem Pignus. Sie wurde, anfangs auch wohl für das ganze in körperlichen Sachen bestehende Vermögen, dann bloß für Grundstücke mit Zubehör und endlich auch für bewegliche Sachen abgeschlossen, wenn der Eigenthümer, dem eine lange Abwesenheit bevorstand, sie vor juristischen Gefahren, z. B. Usucapion, sicherstellen wollte, während das Depositum factische Gefahren, Diebstahl, Wegkommen u. s. w., abwehren wollte. Sie wird in der Regel mit Uebertragung der Detention verbunden gewesen seyn.

Eine Fiducia zum Zwecke der Gebrauchsüberlassung wird nicht erwähnt und gab es auch gewiß niemals. Dieser Zweck war zu ausschließlich factischer Natur, als daß eine Uebertragung des Eigenthums der Sache von der familia aus jemals hätte Bedürfniß werden können.

C. Die usureceptio ex praediatura.

Unsere einzige Quelle über diese dritte Art der Usucapion, durch welche man wissentlich eine fremde Sache erwirbt, ist auch wieder

> **Gai. 2., 61.** Item si rem obligatam sibi populus vendiderit, eamque dominus possederit, concessa est usureceptio: sed hoc casu prae-

---

auch pignoris causa mancipio dare, weil auf dem Gebiete der Geschäfte zur Sicherung eines Gläubigers pignus als bloßes Besitzpfand gerade den Gegensatz der fiducia ausdrückt. Gai. 2., 59. 60.

dium biennio usurecipitur. et hoc est, quod vulgo dicitur, ex praediatura possessionem usurecipi. nam qui mercatur a populo, praediator appellatur.

Doch dürften die uns anderweit bekannten Rechtsverhältnisse der Prädiatur, wovon in den Richterschen kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft Bd. 5. S. 605. gehandelt worden ist [123]), es uns möglich machen, auch die Gründe dieses eigenthümlichen Rechtssatzes aufzufinden. [124])

Am angeführten Orte ist gezeigt, daß der manceps und praes dem Volke auf die besondere Weise hafteten, daß nicht bloß, wie in privatrechtlichen Contracten, die Person selbst, sondern auch ihr Vermögen, mit Einem Worte also der Bürger, wie er im Census und in der Centurienverfassung einen Staatsbestandtheil bildete, von der Obligation ergriffen wurde, weßhalb man sein Vermögen bona praedia nannte, wie ihn selbst praes. Ohne Zweifel konnte also auch als manceps oder praes, wie durch votum (denn Staat und Götter stehen einander dem Bürger gegenüber im Rechte gleich) nur ein civis paterfamilias pubes sich verpflichten. [125]) Damit aber

123) Die von Bachofen das Nexum S. 88 flg. hiergegen gemachten Ausstellungen kann ich in keinem Stücke anerkennen; es ist aber hier nicht der Ort, sie zu widerlegen.

124) Ganz ungenügend und zum Theil irrig ist, was Zachariä l. c. p. 33. über diese usureceptio sagt.

125) L. 2. §. 1. D. de pollicit. (50., 12.) Ulpian: Voto autem patresfamiliarum obligantur puberes, sui iuris: filius enim familias vel servus sine patris dominive auctoritate voto

[illegible]

[illegible]

ging, und nur darin verlieh ihm die Hervorhebung der subsignirten Sachen eine eigenthümliche Art der Geltendmachung dieses Rechts, daß, während sonst nur der Verkauf der familia pecuniaque im Ganzen (sectio bonorum) gestattet war, er sich nun an diese einzelnen Sachen besonders halten, d. h. sie allein verkaufen konnte, vielleicht auch, wenn sie hinreichten, es mußte und zum wenigsten aus Schonung gegen den Schuldner es gewöhnlich that. Im Uebrigen ist wohl anzunehmen, daß, auch wenn eine solche Subsignation nicht geschehen war, dem Staat es wenigstens später freistand, einzelne Sachen des Schuldners kraft seiner obligatio praedis zu verkaufen, weil, wenn er dieses Recht gegen die ganze familia pecuniaque hatte, es ihm auch gegen deren einzelne Stücke zustehen mußte. Wenn er nun aber die einzelne res obligata verkaufte, so leuchtet aus dem Gesagten selbst hervor, daß er nicht sowohl die einzelne Sache als solche, sondern nur insofern sie familia war, veräußerte, weil gegen diese allein sein Recht ging. War also der Präs selbst ohne capitis deminutio, d. h. ohne Verkauf seiner Person in die Fremde, seiner familia pecuniaque im Römischen Staat, selbst davon gekommen und somit seine familia unversehrt geblieben und kam er in den Besitz seines verkauften Grundstücks, so stand ihm eine usureceptio ohne weiteren Titel und ungeachtet er das Sachverhältniß wohl kannte, aus ähnlichen Gründen zu, wie dem Fiducianten, nämlich weil die familia als solche unveräußerlich war und er folglich den Titel in sich selbst hatte und für diesen nur zu sich selbst im

Verhältniß stand. Doch unterschied sich dieser Fall von der fiducia dadurch, daß keine lex fiduciae das Recht der familia in der Sache ihm vorbehalten hatte; daher konnte er bei Ergreifung des Besitzes nicht behaupten, sie von der familia aus in Besitz zu nehmen, sondern nur wie sie bei dem Prädiator oder dessen Successoren war, als einzelne Sache, und somit erforderte die usureceptio eines Grundstücks (dieses ist bei Gaius mit possessio gemeint) ex praediatura stets zwei Jahre. Ob übrigens gegen den Prädiator selbst oder dessen Successor usucapirt wurde, war natürlich gleichviel, nur durfte das Grundstück seit der Lex Iulia et Plautia nicht res vi possessa und auch nicht durch einen andern Titel erlangt seyn.

Im Justinianischen Rechte hat sich, wie fast von dem ganzen ius praediatorium, so auch von der usureceptio ex praediatura keine Spur erhalten. Dagegen scheint ein derselben verwandter Grundsatz in folgender Stelle aus Scävola's viertem Buche der Digesten vorzukommen:

> L. 9. D. de resc. vendit. (18., 5.) Fundus, qui Lucii Titii erat, ob vectigale Reipublicae veniit: sed cum Lucius Titius debitor professus esset, paratum se esse vectigal exsolvere solidum, cum minore venisset fundus, quam debita summa esset, Praeses provinciae rescidit venditionem, eumque restitui iussit Lucio Titio. Quaesitum est, an post sententiam Praesidis, antequam restitueretur, in bonis Lucii

Titii fundus emptus esset? Respondit, non prius quam emptori pretium esset illatum, vel, si pretium nondum esset ab emptore solutum, in vectigal satisfactum esset.

Nach den Voraussetzungen des Falles war das Grundstück des Lucius Titius, welcher einer städtischen Kämmerei irgend ein Vectigal schuldete, dafür nicht verpfändet, sondern es wurde kraft der obligatio vectigalis verkauft, hinsichtlich deren für die Municipien ohne Zweifel ein ähnliches Recht galt, wie für das Römische Volk. [126]) Zweierlei ist nun in der Stelle auffallend: daß der Schuldner das, jedoch nur durch obrigkeitliche Rescission des Kaufcontracts geltend zu machende Einlösungsrecht seines Grundstücks alsdann hatte, wenn dessen Erlös die Schuld nicht deckte und er sich zu deren völligen Abtragung bereit erklärte, und daß das Grundstück nach geschehener Aufhebung des Contracts schon vor der Restitution des Besitzes wieder in bonis des Schuldners seyn soll, sobald entweder dem Käufer sein Kaufgeld zurückgezahlt, oder, wenn er es noch gar nicht gezahlt hatte, die Kämmerei wegen ihres Zollanspruchs befriedigt ist. Das Erstere liegt nämlich weder in den Grundsätzen der Verpfändung, noch in denen der gewöhnlichen Execution: das Zweite scheint damit unverträglich, daß das durch einen an sich gültigen Verkauf übergegangene Eigenthum auch im Falle der Einlösung

126) Dieses sieht man unter Anderem auch aus der Lex pariete faciundo Puteolana.

nur durch Tradition wieder an den Verkäufer zurückkommen kann. Beides aber dürfte sich im Zusammenhange mit den Rechtssätzen leicht erklären lassen, auf denen auch die usureceptio ex praediatura beruhte. Wenn nämlich der Staat eine Sache seines Schuldners eigentlich nur als familia desselben verkaufte und dadurch doch dessen Schuld nicht vollständig getilgt wurde, so war die beabsichtigte Erleichterung für denselben — Abwendung der sectio bonorum — nicht erreicht, mithin auch die durch den formell freilich gültigen Verkauf geschehene Ablösung der einzelnen Sache von der familia materiell nicht begründet, und die Billigkeit erforderte es, daß, wenn der Schuldner nun noch die ganze Schuld bezahlte, der Verkauf rescindirt werden mußte. Dieses geschah denn aber auch eben, weil der Verkauf selbst sich nicht als begründet erwies, nach dem Ausdruck der Neuern ex tunc, mit Vernichtung des durch die Addiction sub hasta geschehenen Eigenthumsübergangs, nur freilich unter der Voraussetzung, daß auch weder gegen den Käufer noch gegen den Staat eine Unbilligkeit begangen würde, d. h. daß, wenn der Käufer schon gezahlt hatte, ihm das Kaufgeld restituirt, oder, wenn er noch nicht gezahlt hatte, der Staat wegen seines Anspruchs befriedigt worden sey. Weil nun aber die obrigkeitliche Sentenz kein Quiritarisches Eigenthum geben konnte, so erlangte der Schuldner durch dieselbe vor geschehener Remancipation seines Grundstücks nur das in bonis esse.

VIII.

Ueber die actio prohibitoria.

Von

Herrn Dr. W. Stephan,

Privatdocenten zu Göttingen.

Herr Prof. Zachariä von Lingenthal hat unlängst in dieser Zeitschrift [1]) die neue Ansicht aufgestellt, daß den bekannten dinglichen Klagen des Römischen Rechts noch eine andere anzureihen seyn werde, welche den bisherigen Interpreten desselben entgangen sey, nämlich eine actio prohibitoria, von welcher sich in l. 11. D. si servitus vindicetur und in l. 5. pr. D. se ususfr. petatur eine Andeutung, und in einem Basilikenscholion von Stephanus zu der letztern Stelle eine unzweifelhafte Nachweisung finde. Er behauptet und sucht auszuführen, daß diese Klage noch practisch sey, und bestimmt

---

1) Bd. XII. S. 258 — 288.

ihr Verhältniß zu der actio negatoria dergestalt, daß sie in ihrer Anwendung auf der einen Seite weiter, auf der andern Seite nicht so weit reiche, als diese. Es ist leichter, neue und geistreiche Forschungen zu stören, als sie anzustellen. Mit diesem bescheidenen Bewußtseyn und dieser Anerkennung sey es mir gestattet, jener Ansicht die Würdigung zu widmen, welche ihr bis jetzt, so viel ich weiß, noch nicht zu Theil geworden ist, sey es auch, um ihre Widerlegung zu versuchen.

Von den beiden Digestenstellen, in denen der genannte Gelehrte die Andeutung einer actio prohibitoria fand, schließt die erstere, verglichen mit l. 3. §. 1. D. de O. N. N., die Auslegung nicht aus, daß darin lediglich nach der Anstellung eines prohibitorischen Interdicts neben der Servitutenklage gefragt wird. Daselbst wirft nämlich Marcellus die Frage auf:

> An unus ex sociis in communi loco invitis caeteris iure aedificare possit, id est, an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri, ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint, ius sibi prohibendi esse, vel illi ius aedificandi non esse; et si aedificatum iam sit, num possint cum eo ita experiri, ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur.
>
> Et magis dici potest, prohibendi potius, quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur, ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus

dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit.

In der hiermit zu vergleichenden l. 3. §. 1. D. cit. entscheidet Ulpian dieselbe Frage so:

Plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus novum ei nuntiare, sed eum prohibebo communi dividundo iudicio, vel per Praetorem.

Dadurch wird einerseits die Auslegung der erstern Stelle bestätigt, daß dort die Anwendung der actio negatoria dem Socius stillschweigends abgesprochen wird, — ohne Zweifel aus dem von Zachariä angegebenen [2]) Grunde, weil die Befugniß zu bauen an und für sich in dem Miteigenthum begründet ist —; auf der andern Seite aber die Meinung sehr zweifelhaft, als sey das in der erstern Stelle dem Socius zugestandene ius prohibendi ein in der Art seiner Geltendmachung verschiedenes Recht von dem in der letztern ihm anheimgegebenen prohibere per Praetorem. War, wie im vorliegenden Falle, die Privatnuntiation ausdrücklich ausgeschlossen, so blieb dem Socius noch übrig, bei dem Prätor ein prohibitorisches Interdict nachzusuchen, wie dieses umgekehrt der Nuntiirte auswirken konnte, falls er dem Nuntianten eine satisdatio bestellt hatte. [3]) Daß nun der Nuntiant in der That bei diesem Verfahren gedacht wird als Kläger, mochte er nun schon eine Privatnuntiation

---

2) a. a. O. S. 284.

3) l. 20. §. 9—12.; l. 5. §. 20. D. de O. N. N.

hibere vicinum — als die wirkliche Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens von Seiten des Nuncianten aufzufassen sey, scheint um so mehr außer Zweifel, als Ulpian in §. 2. anknüpft:

> Habet autem ista stipulatio conditionem, ut ita demum committatur, si iudicatum fuerit, sive ante rem iudicatam causa quae acciderit, neque res defendatur —

ohne der Anstellung einer anderweitigen Klage zu erwähnen, deren Entbehrlichkeit auch auf den ersten Blick einleuchtet. Im Einklange mit diesen Stellen überhebt uns die l. 28. D. commun. divid., in der Papinian denselben Fall der l. 3. §. 1. D. cit. behandelt, der Annahme einer von jenem prohibitorischen Interdict verschiedenen actio prohibitoria, wiewohl Zachariä jene als einen Beleg für seine Ansicht anführt.

> Sabinus ait, in re communi neminem dominorum iure facere quisquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a sociis, ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, quum prohibere poterat, hoc praetermisit, et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit.

Freilich, wenn ein opus erst bevorsteht, kann der Miteigenthümer prohibitorisch klagen — denn aus l. 3. §. 1. D. cit. erfuhren wir, daß eine Privatnuntiation nicht

statthaft sey —: allein Nichts nöthigt uns zu der Annahme einer eigenen actio prohibitoria. Denn Nichts hindert uns, anzunehmen, daß auch diese Stelle ihn auf ein prohibitorisches Interdict anweise. Daß er nach Unterlassung dieser Prohibition (per Praetorem) nun nicht auf Wegnahme des inzwischen vollendeten Werks klagen kann, ist *einerseits* eine einfache Anwendung der in l. 1. §. 10. D. cit. gegebenen Regel, daß die wirksame Anstellung eines restitutorischen Interdicts vereitelt wird durch die Einrede der Uebereinkunft, die ebensowohl eine ausdrückliche, als eine stillschweigende seyn kann, und daß die letztere ohne Zweifel anzunehmen ist, wenn unter Fremden [5]), wie viel eher, wenn unter Sociis der Eine den Andern in Beziehung auf die gemeinschaftliche Sache ohne Einsprache eine Vorkehrung treffen läßt — die Rücksicht, welche dafür entschied, im letztern Falle selbst eine Privatnuntiation nicht für vollwirksam zu erachten. Andererseits ist die angebliche Eigenthümlichkeit der actio prohibitoria, wonach sie beschränkt seyn soll auf einen noch nicht vollendeten Bau oder Ruin, worin ein Eingriff in ein fremdes Eigenthumsrecht liegt [6]), keine andere, als die in l. 1. §. 1. D. de O. N. N. hervorgehobene:

Remedium operis novi nunciationis adversus futura opera inductum est, non adversus praeterita, hoc est, adversus ea, quae nondum

5) l. 3. §. 2. D. quod vi aut clam. l. 1. §. 9. 10. eod.

6) Zachariä a. a. O. S. 282.

facta sunt, ne fiant; nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de operis novi nunciatione.

An die Stelle des prohibitorischen Interdicts tritt im letztern Falle ein restitutorisches.

Auch in dem andern Falle — der l. 9. §. 5. D. de damn. infecto, wo Ulpian sagt:

Celsus certe scribit, si aedium tuarum ususfructus Titiae est, damni infecti aut dominum repromittere aut Titiam satisdare debere; quodsi in possessionem missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit. Idem ait, eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum; ergo et si de damno infecto non cavet dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui.

vermag ich weder die buchstäbliche Andeutung einer actio prohibitoria, noch einen Fall, da sie als ein practisches Bedürfniß sich darstellte, zu entdecken. [7]) Wenn nach Zachariä das charakteristische Merkmal dieser Klage, wie der a. negatoria, darin bestehen soll, die negative Seite des Eigenthums zu vertreten: so ist klar, daß in dem Falle jener Stelle dieser Gesichtspunct einer Ausschließung fremder Anmaßung kraft des Eigenthumsrechts gar nicht paßt, — denn des Usufructuars Recht steht fest, wenngleich ihm in l. 10. eod. die fructus petitio

7) Zachariä a. a. O. S. 284. 285. 278.

versagt wird —, sondern daß der hiervon ganz verschiedene Gesichtspunct anzuwenden ist, der dem Edict über das damnum infectum zum Grunde liegt, und mit welchem die bei einer actio prohibitoria etwa zu denkende Verweisung des Klägers mit seiner intentio, si paret, mihi ius prohibendi esse, an den iudex zur Zeit des ordo iudiciorum privatorum kaum verträglich erscheint. Es gilt hier nur die schleunigste Abwendung des Gefahr drohenden Einsturzes.[8]) Will nun der Usufructuar nicht ausbessern, so kann, sagt jene Stelle, der bedrohte Nachbar eine missio in possessionem erhalten, deren Wirkung die ist, daß dieser nun den Erstern an seinen usufructuarischen Dispositionen hindern darf. Genau die nämliche Befugniß wird dem Eigenthümer zugesprochen, dem, im Fall einer Weigerung des Usufructuars, die cautio damni infecti obliegt. Ein prohibitorisches Interdict ist das Rechtsmittel, dessen Verfahren zu solchem Zwecke eingerichtet ist und vollkommen ausreicht.

Daß indessen dieses mit der operis novi nunciatio Hand in Hand gehende, oder, wie im letztern Falle, ohne sie anwendbare Interdict, nicht mit demselben Rechte, wie in der l. 11. D. si serv. vind., anzunehmen sey in der l. 5. pr. D. si ususfructus petatur, zeigt sich alsbald. Ulpian sagt daselbst, die confessorische Klage auf Erlangung eines Nießbrauchs habe nur der Nutznießer, nicht auch der Eigenthümer der Sache selbst zum Zwecke

8) l. 1. D. eod.

der ihm kraft Eigenthums zustehenden, jedoch etwa verwehrten Fruchtziehung, und fährt fort:

> Quanquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno, quum invito se negat ius esse utendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi.

Diese Stelle und das Basilikenscholion des Stephanus dazu bildet die Hauptstütze der Annahme einer eigenen actio prohibitoria bei Zachariä.

War es in der ersten der von ihm angeführten Stellen die Frage, ob diese Klage nicht sich auflöse in das Edict über die operis novi nunciatio oder über das damnum infectum: so entsteht hier die andere Frage, ob dieselbe nicht zusammenfalle mit der actio negatoria. Auch diese Frage ist meiner Ansicht nach zu bejahen.

In der angeführten Stelle beziehen sich die Schlußworte „quum — negat esse ius utendi fructuario“ und „vel sibi ius esse prohibendi“ gleichmäßig auf die in dem Vordersatze genannte actio negativa. Sie ist der jenen Formeln gemeinsame Begriff, wie sich aus der ganzen Haltung des von Ulpian ausgedrückten Gedankens erkennen läßt. Das Scholion dazu unterscheidet zwar im Eingange eine dreifache Formel zur Verfolgung dinglicher Klagerechte, deren Gegenstand etwas Unkörperliches ist: die confessorische, die negatorische und die prohibitorische. Die zweite lautet: *εἰ φαίνεται σε μὴ ἔχειν δίκαιον τοῦ οὐτι φρουι ἰνβιτο με*; die

dritte —: *εἰ φαίνεταί με δίκαιον ἔχειν τοῦ κωλύειν σε τοῦ οὔτι φρουι.* Weiterhin erhellt aber, daß die- sen beiden Formeln eine einzige intentio zum Grunde liegt.

Quamvis enim, so übersetzt Zachariä, negatoria formula competit proprietario adversus eum, qui se usufructuarium dicit, et proprietarius, qui negatorie agit, sic intendit: si paret, tibi non esse ius uti frui, et quodammodo non ex suis iuribus, sed ex debilitate adversarii victoriam sibi parat, tamen *ea* sequentibus verbis formulae ***ostenditur eum recte intendisse.***

Nam dum dicit: si paret tibi non esse ius uti frui invito me, vel sic: si paret mihi ius esse prohibendi te uti frui, docet se dominum esse.

Hiermit ist, wenn ich die Worte recht verstehe, folgende Ansicht des Scholiasten ausgesprochen: Es scheint auf den ersten Anblick seltsam, wenn der Eigenthümer mit der negatorischen Formel klagt: si paret, tibi non esse ius uti frui; wie wenn der Eigenthümer der Nachweisung seines Klagerechts völlig überhoben und seines Erfolges schon sicher sey, sofern nur der Beklagte den Beweis seiner Berechtigung nicht führe. Wiewohl dieß sich nicht so verhalte, so entspreche dennoch jene Formel „si paret, tibi non esse ius uti frui" der Intention des Klägers vollkommen. Denn wie sie richtig zu verstehen sey, dieß geben die folgenden Worte der Formel anheim: (vel si paret mihi ius esse prohibendi te uti frui), d. h. der mit der negatorischen Klage Auf-

tretende habe sein Eigenthum darzuthun, als auf welches sein ius probibendi sich gründe. Von einer verschiedenen practischen Richtung jener beiden Wortfassungen der Formel aber keine Andeutung. Gesetzt, eine solche sey unnachweislich; wird Jemand deßhalb zu der Ansicht hingedrängt seyn, daß die Prätoren bloße Stylübungen angestellt haben?[9]) Ich glaube, selbst Zachariä nicht, dessen Scharfsinn ihn in der analogen Uebertragung der Publicianischen Fiction auf die negatoria formula einen logischen Fehler entdecken läßt[10]), sofern nämlich in einer derartigen Formel: Si quem fundum A. A. emit, et is ei traditus est, tum si in eo fundo ire agere ius N. N. non esset — überall kein Causalzusammenhang zwischen der bona fidei possessio des A. A. und der Nichtberechtigung des N. N. in die Augen springe. Ein solcher Zusammenhang ist es eben, dessen Vermissen der Prätor in der negatorischen Formel überhaupt besorgte; und dieß der Grund, weßhalb er sie umschreiben mochte durch den Zusatz „vel si paret, mihi ius esse probibendi te uti frui": ohne daß jedoch, wie der Scholiast bemerkt, die negatorische Formel „si paret, tibi non esse ius uti frui invito me" als verfehlt sich darstelle (tamen ea — sequentibus verbis formulae ostenditur eum recte intendisse). Diese Bemerkung sollte offenbar für den ganzen Umfang der negatoria actio gelten, und würde, wenn sie die

9) Zachariä a. a. O. S. 276.
10) a. a. O. S. 287.

Annahme einer eigenen actio prohibitoria recht-fertigte, der a. negatoria gar keine Sphäre der Anwendung übrig lassen. So wie nun jener Zusatz lediglich bestimmt war, das Auffallende und, wenn man will, logisch Fehlerhafte, ja selbst vielleicht in practischer Hinsicht Verwirrende (sofern der Kläger sich des Beweises seines Eigenthums überhoben glauben konnte) der negatorischen Formel zu beseitigen: so möchte nach dieser in dem prätorischen Edict selbst gegebenen Verständigung gegen deren Anwendbarkeit auf das Publicianische Klagerecht Nichts mehr zu erinnern seyn.

Hiermit fällt die practische Bedeutung einer von der actio negatoria verschiedenen actio prohibitoria hinweg.

Demnach ist das Resultat meiner Auseinandersetzung folgendes: Entweder soll die Formel: sibi ius esse prohibendi — die Intention einer dinglichen Klage stützen: dann fällt sie mit dem Begriffe der negatoria actio zusammen, und der Gewinn der Untersuchungen Zachariä's bestände darin, zur Anerkennung gebracht zu haben, daß, streng genommen, die Bezeichnung einer actio prohibitoria richtiger und passender gewesen seyn möge, als die herrschende der actio negatoria. Oder jene Formel ist zu beziehen auf einen Antrag des Berechtigten vor dem Prätor zum Behufe außerordentlicher Rechtshülfe: dann fällt sie zusammen mit dem interdictum prohibitorium, sey es, daß man den Fall einer operis novis nunciatio oder eines damnum infectum,

abgesehen von einer O. N. N., vor Augen gehabt habe. Es ist so wenig durch die Aufzeigung einer Lücke im practischen Rechte, als durch die buchstäbliche Interpretation der angeführten Stellen und des Basilikenscholions die Rechtfertigung der Annahme einer eigenen actio prohibitoria erbracht.

Zeitschrift

für

geschichtliche

Rechtswissenschaft,

herausgegeben

von

F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn

und

A. A. F. Rudorff.

Band XIV. Heft 3.

Berlin,
in der Nicolaischen Buchhandlung.
1848.





IX.

Ueber die Litiscrescenz.

Von

Rudorff.

I. Rechtlicher Character.

Seit den ältesten Zeiten erscheint im römischen Recht eine Familie von Klagen, jetzt von Manchen mit dem Namen der Litiscrescenzfälle bezeichnet, welche durch das Zusammentreffen einiger überaus merkwürdiger Rechtseigenthümlichkeiten ausgezeichnet ist, deren Erklärung neuerdings wiederholt versucht, jedoch, wie es scheint, noch nicht vollständig gelungen ist [1]).

Indem ich jene Klagen einer neuen Erörterung un-

1) Die neuesten Schriften sind: Carl Sell, von den causis, ex quibus infitiatione lis crescit in duplum; Jahrbücher, Band II. Num. 1. S. 1—64. Num. V. S. 175—251 (1843). Ph. Ed. Huschke über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht (1846) S. 175—212. Desselben, kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIII. Num. 5. (1846) S. 256 bis 284.

terziehe, will ich mit der Angabe der ihnen eigenthümlichen Rechtsregeln beginnen.

Es sind folgende drei:

Erstens. Die Klage ist auf das Einfache gerichtet, dennoch tritt die Verurtheilung auf dieses Einfache nur ein, wenn der Beklagte den Klaggrund einräumt. Verneint er ihn, so wird die Condemnation auf das Doppelte erhöht. Die römischen Juristen sagen: infitiatione lis crescit in duplum, actio per infitiationem in lite crescit, causa infitiatione duplatur und sondern durch diese (anscheinend auf einem alten Rechtssprichwort beruhende) Bezeichnung unsere Fälle eben so bestimmt von den Klagen, welche von vorn herein und ohne Unterscheidung des Eingeständnisses oder Abläugnens auf das Doppelte gerichtet, mithin unter allen Umständen pönal sind [2]), als von jenen, in welchen erst die hartnäckige Verweigerung der Erfüllung bis zum Urtheil die Condemnation auf ein Mehrfaches nach sich zieht [3]).

---

2) Gaius 4., 173. statim autem ab initio pluris quam simpli actio est velut furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblati tripli: nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur pluris quam simpli est actio.

3) L. 1. pr. de publicanis (39., 4.). Praetor ait: QVOD PVBLICANVS ALIVSVE PVBLICANI NOMINE VI ADEMERIT, QVODVE FAMILIA PVBLICANORVM, SI ID RESTITVTVM NON ERIT, IN DVPLVM, AVT SI POST ANNVM AGETVR, IN SIMPLVM IVDICIVM DABO. L. 5. pr. eod. hoc edicto efficitur: ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio evanescat: post acceptum vero iudicium nihilo minus poena duret. sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est.

Nur da, wo das Recht für Geständniß und Verneinung des Klaggrundes zwei besondere Klagen ausgebildet hat, eine Confessoria auf das Einfache und eine Negatoria, wie man sie nennen könnte, auf das Doppelte, wie es auf Grund des aquilischen und publilischen Gesetzes geschehen zu seyn scheint, wird die letztere Alternative geradezu als eine actio in duplum bezeichnet und mit den Klagen zusammen gestellt, welche unter allen Umständen auf das Doppelte gegeben werden [4]). Die ganze Verdoppelung aber bringen die Römer unter den Gesichtspunct einer Prozeßstrafe für arglistiges Läugnen, einer poena calumniae et temere litigantium. Damit hängt es zusammen, wenn sie unsere Fälle, die Verneinung vorausgesetzt, unter die gemischten Klagen zählen, mit denen Erhaltung (res) und Vermehrung des Vermögens des Klägers auf Kosten des Beklagten und um diesen für sein widerrechtliches Benehmen zu züchtigen (poena), gleichzeitig verfolgt wird [5]).

Zweitens: In denselben Verhältnissen, in welchen

4) Gaius 3., 127. sponsores ex lege Publilia habent actionem in duplum, quae appellatur depensi. L. 5. C. de lege Aquilia (3., 35.) de pecoribus tuis quae per iniuriam inclusa fame necata sunt, vel interfecta, legis Aquiliae actione in duplum agere potes. §. 23. I. de act. (4., 6.) in duplum agimus veluti furti nec manifesti, damni iniuria ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis, item serui corrupti item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est —.

5) Gaius 4., 9. rem — et poenam persequimur velut ex his causis ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus. L. 7. de solut. (46., 3.) si ex causa quae infitiatione crescit vel poenali debetur dicendum est, id solutum videri, quod poenae habet liberationem.

die Klage durch Verneinung auf das Doppelte wachsen würde, ist die Wiederforderung einer bezahlten Richtschuld, die indebiti condictio, ausgeschlossen, selbst wenn sie der Condicent aus entschuldbarem Irrthum bezahlt haben sollte.

§. 7. Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3., 27.) sic namque definierunt veteres: ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse.

Dasselbe gilt natürlich von der Ausstellung einer Schuldurkunde. Wer also in der irrigen Meinung, zur Zahlung einer Summe von tausend Thalern verurtheilt zu seyn, anstatt der Baarzahlung einen Wechsel ausstellt, in welchem er sich verpflichtet, diese Summe an einem bestimmten Tage abzutragen, der kann, nach Entdeckung des Irrthums selbst unter Voraussetzung seiner Entschuldbarkeit, nicht auf Befreiung klagen:

L. 4. C. de cond. indeb. (4., 5.). (Diocl. et Max.) Ea, quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse certissimi iuris est. Sed et si cautio indebitae pecuniae ex eadem causa interponatur, condictioni (der condictio incerti auf Loszählung von der Schuld) locum non esse constat.

Eine nothwendige Folge dieses merkwürdigen Rechtssatzes ist, daß die ausgeschlossene Condiction auch nicht zur Compensation gegen eine andere Forderung gebraucht werden kann.

L. 2. C. de compens. (4., 31.). (Imp. Antoninus A. Asclepiadae.) Ex causa quidem iudi-

cati [si debitum] solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio eius admitti potest. Eum vero, qui iudicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse nemini dubium est.

Die Worte si debitum im Anfange dieses Rescripts fehlen in manchen Handschriften ganz, in andern ist si mit quidem dergestalt verbunden, daß der Anfang lautet: Si quidem ex causa iudicati solutum repeti non potest; Hollweg schlägt vor: Ex causa quidem iudicati indebitum solutum repeti non potest. Aber das Debitum kann eben so wenig zurückgefordert werden. Mir scheint daher, daß das ganze, wahrscheinlich aus dem Glossem sive indebitum sive debitum hervorgegangene Einschiebsel zu tilgen und der erste Satz: Ex causa quidem iudicati solutum repeti non potest zu lesen ist. Der Sinn ist jedenfalls dieser. Gegen die Klage aus einem Judicat kann man, wie gegen jede andere, Gegenforderungen in Abzug bringen. Dagegen darf man eine Summe, welche man dem Kläger aus einem Judicat bezahlt haben will, unter keinen Umständen gegen andere Forderungen dieses Klägers als Gegenanspruch in Aufrechnung bringen. Denn auch wenn man das Gezahlte nicht schuldig gewesen wäre, würde es an einer compensabeln Gegenforderung fehlen, da aus der Zahlung auf Grund eines Judicats unter keinen Umständen ein Rückforderungsrecht hervorgehen kann [6]).

---

6) Minderjährigen wird durch Restitution geholfen. L. 25. pr. de min. (4., 4.). (Gaius) Illud nullam habet dubitatio-

Alles Dieses gilt eben so unbedenklich in den andern Verdoppelungsfällen.

Wo dagegen das Doppelte oder Vierfache nicht Strafe des Abläugnens im Prozeß, sondern anfängliche und unausweichliche Strafe eines andern Delicts ist, da ist auch im Fall einer Zahlung aus entschuldbarem Irrthume die Rückforderung zulässig. So ist folgende Aeußerung Ulpian's zu erklären:

> L. 23., §. 4. de cond. indeb. (12., 6.) (Ulpian. lib. 43. ad Sabinum). Si qua lex ab initio dupli vel quadrupli statuit actionem, dicendum est solutum ex falsa causa eius repeti posse.

Die lex Furia testamentaria z. B. hatte die Annahme eines Legats über tausend Asse mit dem Vierfachen verpönt. Eben so wenn Jemand eine gleiche Summe von Todes wegen empfangen hatte. Im Jus Aelianum wird aus dieser Lex etwa folgende Actio gebildet seyn: QVOD TV EX TESTAMENTO LVCII TITII LEGATORVM NOMINE SESTERTIVM X MILIA CEPISTI, CVM LEGE NON ESSES EXCEPTVS VT TIBI PLVS M ASSIBVS CAPERE LICERET, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM XL MILIVM PRO IVDICATO MANVS INICIO. Allein im Gesetz fehlen die Worte PRO IVDICATO, es enthält die einfache Bestimmung einer Manus Injectio ohne jenen Zusatz, offenbar wollte es kein iudicium in octuplum, sondern nur eine Verdop-

---

nem, quin, minor si non debitum solverit ex ea causa, ex qua iure civili repetitio non est danda, sit ei utilis actio ad repetendum; cum et maioribus iustis ex causis dari soleat repetitio.

pelung des Doppelten, des höchstmöglichen Betrags eines Damnationslegats, welchen der läugnende Erbe zu leisten hat, diese aber unter allen Umständen, unabhängig von dem Abläugnen des Empfangs [7]). Aus diesem Wegfall der Litiscrescenz folgt aber die Zulassung der Condiction ganz von selbst. Denn Beides hängt untrennbar zusammen.

Drittens. In der betreffenden Familie von Klagen ist zwar ein remissorischer Schenkungsvertrag (pactum donationis causa), nicht aber ein Vergleich (pacto decidere) zulässig und rechtsbeständig.

Paull. sent. I. 19. 2. ex his causis quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest.

Es wäre denn, daß eine solche Schuld bestritten und zweifelhaft würde, wie ein Judicat durch Appellation, eine aquilische Schuld durch Litiscontestation mit dem

---

7) Gaius 4., 23. 24. set aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectionem, sed puram id est non pro iudicato, uelut lex *Furia* testamentaria adversus eum qui legatorum nomine mortisve causa plus *M* assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus ut ei plus capere liceret. — 24. nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae PRO IVDICATO verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nullo ratione factum. Huschke, Recht des Nexum S. 143. Note 199., meint, wenigstens im Fall der certa pecunia per damnationem legata habe die Praxis guten Grund gehabt, eine Manus Injectio pro iudicato zu gestatten; er übersieht, daß schon das Gesetz selbst hierauf Rücksicht genommen hatte.

Man könnte allenfalls eine Ausschließung der Condiction aus L. 42. de cond. ind. (12., 6.) (Ulp. lib. 68. ad edictum): poenae non solent repeti cum depensae sunt, ableiten wollen, aber es wird nicht gesagt, daß poenae indebitae gemeint sind.

Läugnenden. So lange diese Ungewißheit dauert, ist der Vergleich (und die ihm verwandte Eidesdelation) statthaft. (Num. X. XVI.)

Auch in diesem Stück unterscheiden sich unsere Klagen von denen, welche nicht durch Läugnen verdoppelt werden, sondern von Anfang an auf ein Mehrfaches gerichtet sind.

Denn gerade in den ältesten Delictsklagen gegen den handhaften Dieb und wegen schwerer Körperverletzung konnte man Kapitalstrafe und Talion dadurch abkaufen, daß man sich mit dem Verletzten vergleichsweise um eine Geldsumme absand, welche für den ertappten Dieb den vierfachen Betrag des Diebstahls nicht zu übersteigen pflegte, während die Selbstschätzung des Verstümmelten erst in der jedesmaligen Taxation des Prätors eine billige Schranke fand. Die zwölf Tafeln selbst hatten diese uralte Sitte der Kompositionen befestigt, indem sie Strafe und Wiedervergeltung ausdrücklich an die Voraussetzung knüpften, daß zwischen dem Verletzer und Verletzten keine gütliche Uebereinkunft zu Stande gekommen wäre[8]). Daher wurde auch durch den Vergleich nicht etwa eine exceptio pacti oder transactionis gegen die actio furti und iniuriarum begründet, sondern die Klage völlig abgeschnitten[9]). Nur der Infamie soll der Thäter durch

8) Gell. XX. 4. SI MEMBRVM RVPIT, NI CVM EO PACIT, TALIO ESTO. L. 7. §. 14. de pactis (2., 14.) nam et de furto pacisci lex permittit.

9) L. 17. §. 1. de pact. (2., 14.) quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur, ut iniuriarum, item furti. Im ältesten Prozeß kommen die Exceptionen überhaupt in einer an-

Privatübereinkunft nicht entgehen, eine specielle Bestimmung des Edicts stellte in dieser Beziehung den depectus mit dem condemnatus völlig auf eine Linie.

Für leichtere Diebstähle und Injurien hatten schon die zwölf Tafeln die Geldabfindung geboten, die Klage ging auf nichts Anderes als eine Geldstrafe. Wegen des furtum manifestum dagegen wurde die Kapitalstrafe erst dadurch beseitigt, daß der Prätor die Annahme der üblichen Abfindung mit dem Vierfachen durch Aufstellung einer Klage auf pro fure damnum decidere oportere zu einer Nothwendigkeit erhob [10]).

In den schwerern Injurien wurde nach dem Edict die Annahme der Abfindung zwar nicht erzwungen, aber die Formel so eingerichtet, daß die Talion den Thäter ohne seinen Willen gar nicht treffen konnte, und dadurch auch dieser Ueberrest roherer Zeiten beseitigt. Der Judex wird nämlich dahin instruirt, gegen den Thäter, welcher die vom Kläger geforderte Abfindung zu hoch fand

---

dern Form vor; sie würden in Präjudizialsponsionen eingekleidet, dieß, nicht die gänzliche Ausschließung der in jedem Prozeß unentbehrlichen Exceptionen meint Gaius (4., 108.) mit den Worten nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum. Aber auch das Edict kennt die exceptio transacti negotii nur gegen die Stipulationsklage aus dem Vadimonium: L. 2. pr. si quis caut. (2., 11.) L. 2. de transact. (2., 15.), beide Stellen aus Ulpianus lib. 74. ad edictum, aus dem Abschnitt über die Exceptionen.

10) Daß diese Klage auf das Vierfache nur die Civilklage ist, bei welcher die Möglichkeit der Ausschließung der Kapitalstrafe zu einer Nothwendigkeit erhoben wurde, beweist die Unverjährbarkeit: Gai. 4., 112. perpetuo datur et merito cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit. Vgl. die Formel 4., 37.

und es zum Prozeß kommen ließ, zwar auf die Talion zu arbitriren, im Fall der Contumacia gegen dieses Arbitrium aber die Injurie zu Geld anzuschlagen, und den Beklagten in die Summe der Litis Aestimatio zu verurtheilen. Da die Klage eine formula in bonum et aequum concepta hatte, so war die Summe der Condemnation einem sehr freien Ermessen des Judex überlassen, dem nur durch eine taxatio ein Maximum als Ziel gesetzt war. Allein der Prätor pflegte nach eigener Schätzung der Injurien im ersten Termin [11]) die Strafe für die Desertion des Vadimonium vorzuschreiben, unter dieser Schätzung sollte der Kläger im zweiten Termin die Formel nicht taxiren [12]), daher wagte der Judex auch nicht leicht unter der Taxatio zu condemniren [13]). In Betreff des legislativen Werthes dieser Behandlungsweise wird man schwerlich umhin können, dem **Africanus** beizustimmen, wenn er (bei **Gellius** 20., 1.) ausruft: quid edicto autem praetorio — denn so ist statt quod

---

11) L. 10. §. 2. si quis caut. (2., 11.). (**Paulus.**)

12) Collatio 2., 6. (**Paulus**). „QVI AVTEM INIVRIARVM“ inquit, „AGIT, CERTVM DICAT, QVID INIVRIAE FACTVM SIT ET TAXATIONEM PONAT NON MINOREM, QVAM QVANTI VADIMONIVM FVERIT.“ Darin lag zugleich ein Mittel gegen Chicane des Klägers, denn von der Summe wurde die Decima berechnet, welche derselbe im Fall des Unterliegens zu zahlen hatte. **Gai.** 4., 178.

13) **Gaius** 3., 224. cum atrocem iniuriam Praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae nomine fieri debeat vadimonium hac ipsa quantitate taxamus formulam et iudex quamvis possit vel minoris damnare, tamen propter ipsius Praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.

edictum autem praetorium zu lesen — de aestimandis iniuriis probabilius esse potest? Nam si reus qui depacisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniariam multam redibat.

Die Vergleichung der Delictsklagen und unserer Verdoppelungsfälle ergiebt das merkwürdige Resultat, daß der Vergleich, welcher in jenen allmälig zu einer Nothwendigkeit erhoben wurde, in diesen von den ältesten Zeiten her eine Unmöglichkeit war.

II. Die Verdoppelungsfälle.

Ich will nun vorerst eine Uebersicht der Klagen geben, in welchen die drei jetzt erwähnten Rechtssätze: Verdoppelung durch Verneinung, Ausschließung der Condiction und Unzulässigkeit des Vergleichs, zur Anwendung kommen.

Vier ganz unzweifelhafte Fälle des ältern Rechts nennt Gaius an zwei Stellen der Institutionen, beide Male in derselben Ordnung:

Gaius 4., 9. Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus, quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae —— legatorum nomine, quae per damnationem certe relictae sunt. Die Lücke hat Lachmann durch vel pecuniarum, Huschke durch item quantita-

tum ergänzt, beide legatorum in legatarum verändernd. Hefftter und Klenze hatten früher damni iniuriae legis Aquiliae aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt vorgeschlagen. Davon wird noch beim Damnationslegat die Rede seyn.

Gaius 4., 171. (§. 1. I. de poena temere litigantium 4., 6.) reo infitiante ex quibusdam causis dupli actio constituitur, velut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur.

Der westgothische Paulus fügt einen fünften Fall hinzu, der sehr bestritten ist, und wo er anerkannt wird, nothwendig zur Annahme noch zweier anderer auf gleichem Grunde ruhender, der actio redhibitoria und auctoritatis führen muß:

Paul. sent. I., 19. 1. Quaedam actiones si a reo infitientur duplantur: velut iudicati, depensi, legati per damnationem relicti, damni iniuriae legis Aquiliae, item de modo agri cum a venditore emtor deceptus est.

Die Interpretatio giebt folgende Erklärung: Aliqua, quae cum ab his, quibus sunt debita, repetuntur, si a debitoribus negata fuerint, dupli satisfactione redduntur id est res iudicata, legati per damnationem relicti id est si quid heres legati titulo dare iussus est et petitum negaverit, vel si damnum alicui per iniuriam factum quis sarcire voluerit, vel de modo agri, cum a venditore emptor fuerit circumscriptus,

ut minus inveniatur quam probetur scriptum, quae omnia superius comprehensa secundum legem Aquiliam duplicantur.

In den Institutionen hat man früher noch einen achten Fall, den des depositum in der Noth, zu finden und danach sogar die eben erwähnte Stelle des Paulus emendiren zu müssen geglaubt.

§. 23. 26. Inst. de actionibus (4., 6.) in duplum agimus veluti furti nec manifesti, damni iniuria ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis item servi corrupti — item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est secundum ea quae supra (§. 7. I. de obl. quae quasi ex contr. 3., 28.) diximus. sed furti quidem nec manifesti actio et servi corrupti a ceteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hae actiones omnimodo dupli sunt: at illae, id est damni iniuriae ex lege Aquilia et interdum depositi, infitiatione duplicantur, sed etiamsi distulerit relicti solutionem usque quo iussu magistratuum nostrorum conveniatur. In confitentem vero, antequam iussu magistratuum conveniatur solventem, simpli redditur.

In einer Novelle (18. c. 8.) fügt Justinian noch einen Fall hinzu, der sich auf das Darlehen und das außergerichtliche Empfangsbekenntniß bezieht. Wer seine vom Kläger producirte Handschrift abläugnet, oder sie zwar anerkennt, aber den Empfang des Geldes in Abrede stellt, oder wer als Kläger die vom Beklagten vor-

gebrachte Quittung nicht anerkennt, der soll nach geführtem Beweise das Doppelte bezahlen. Man hat in dieser Vorschrift früher bisweilen eine allgemeine Ausdehnung der Infitiationsstrafen auf alle Prozesse finden wollen, und um diese kühne Auslegung zu rechtfertigen, sogar des Dichters[14]) Wort: fidei fraus infitiatrix zu Hülfe gerufen. Eine ernsthafte Widerlegung verdient diese Ansicht nicht.

Fassen wir das Ergebniß der angeführten Stellen zusammen, so finden wir folgende Verdoppelungsfälle genannt:

1) Judicat (Gaius, Paulus, bei Beiden als Hauptfall vorangestellt, in den Institutionen weggelassen).

2) Geständniß durch schriftliches Empfangsbekenntniß (Nov. 18. c. 8.).

3) Depensum (Gaius, Paulus, in den Institutionen gestrichen).

4) Damnationslegat (Gaius, Paulus, in den Institutionen verändert).

5) Lex Aquilia (überall).

6—8) Actio de modo agri (Paulus), nach Analogie derselben actio auctoritatis und redhibitoria bei neuern Schriftstellern behandelt.

9) Depositum in der Noth (Institutionen).

Die Frage ist nun, ob diese Fälle als isolirt stehende Erzeugnisse legislativer Willkür anzusehen sind, oder ob sie sich auf einen gemeinsamen Ursprung zurückführen,

14) Prudentius, psychomachia 630.

auf ein bestimmtes Princip beziehen lassen, von dem sie getragen und beherrscht werden?

Die neuern Schriftsteller haben ein solches von vorn herein aufzustellen und diesem die einzelnen Fälle anzupassen versucht. Mir scheint es, um den Grundgedanken mit Sicherheit aufzufinden, nothwendig, den entgegengesetzten Weg einzuschlagen und zuvor die einzelnen Fälle ins Auge zu fassen. Es darf nicht vergessen werden, daß zwischen dem ersten Auftreten und der neuesten Gestalt dieser Lehre im Justinianischen Recht ein Jahrtausend liegt.

III. Judicat.

Wenn der Verurtheilte das condemnatorische Urtheil unangefochten läßt und dadurch gewissermaßen die Richtigkeit des Urtheils eingesteht, so ist das weitere Verfahren folgendes.

Vor Allem wird das Streitobject auf Geld reducirt, denn nur Geldurtheile sind executorisch. Im älteren Recht war diese Abschätzung das Geschäft eines besondern arbiter litis aestimandae, im Formularprozeß hat man das Judicium mit dem Arbitrium verbunden und auch das Liquidationsverfahren demselben Judex übertragen, von welchem die Pronuntiatio ausging.

Die Zahlung der Aestimatio wird von dem Verurtheilten erwartet, und das Gesetz gestattet zu diesem Ende die geräumige Frist von dreißig Tagen. Eine Klage auf dare oportere würde unmöglich seyn, da das dare oportere mit der Prozeßnovation aufgehört hat. Eine Klage

auf iudicatum facere oportere wäre denkbar, aber unpraktisch, man könnte Labeo's Wort auf sie anwenden: noluit praetor obligationes ex obligationibus fieri [15]). Die actio iudicati ist also kein Rechtsverfolgungsmittel, sie ist materiell ein indirectes Executionsmittel, formell eine Strafklage gegen den bösen Schuldner, eine gravis poena perfidiae debitorum [16]).

Das Nähere ist Dieses:

Der Sieger ruft den Verurtheilten vor Gericht, ergreift ihn als sein Pfand und rechtfertigt dieses Verfahren mit den Worten QVOD TV MIHI IVDICATVS ES SESTERTIVM X MILIA QVAE DOLO MALO NON SOLVISTI OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO [17]). Er vindicirt also kein Recht an der Person des Schuldners, denn dieser hat nicht (wie in der Kaiserzeit der Damnatus) eine Capitis Diminutio erlitten, die ihn zum servus poenae degradirte oder der Gewalt seines Gläubigers unterwürfe. Er nimmt ihn nur als pignus in causa iudicati captum in Besitz, mit dem Unterschiede jedoch, daß die Caption nicht von der Obrigkeit ausgeht, sondern eigenmächtig geschieht, und das Pfand nicht eine einzelne Sache, son-

15) L. 4. §. 3. de re iud. (42., 1.)

16) Africanus bei Gell. 20., 1. Daher auch die Worte QVAE DOLO MALO NON SOLVISTI in der Legis Actio Note 17. Die Neuern pflegen den pönalen Character der actio iudicati zu ignoriren, erst Huschke hat durch seine Schrift über das Recht des Nexum (1846) die Darstellung des Africanus wieder zu voller Anerkennung gebracht. Selbst das Motto seines Buchs ist aus ihr gewählt.

17) Gaius 4., 21.

dern die Person des Schuldners mit der ganzen ihr unterworfenen Gesammtheit von Rechten ist. Erst durch die Lex Poetelia trat die Nothwendigkeit eines obrigkeitlichen Haft- und Immissionsbefehls (duci, bona possideri iubere) gegen den Verurtheilten ein und die Selbsthülfe wurde auch in dieser Anwendung ein strafbares Unternehmen [18]).

Ob eine Abwendung dieses Personalarrestes durch einen Rechtsact, namentlich durch Nexi Liberatio innerhalb der dreißigtägigen Ruhezeit möglich sey, wurde von den

18) L. 6. §. 2. de re iud. (42., 1.) (Ulp.) qui iudicati bona auctoritate sua distraxit, furti actione et vi bonorum raptorum tenetur. Das prätorische Edict darüber hat sich nur stückweise erhalten. Die Ueberreste mit den dazu gehörigen Erklärungen der Commentatoren lauten: CONDEMNATVS (vorausgesetzt die Gültigkeit der Verurtheilung. L. 4. §. 6. de re iud. 42., 1.) ab eo CVIVS DE EA RE IVRISDICTIO EST (also nicht von einem Municipalmagistrat in einer vorbehaltenen Sache: lex Rubria c. 21. 22. Aber das Edict sollte sich nicht bloß auf die Execution der Urtheile der Duumvirn beziehen. Richtiger wäre also gewesen cuius de ea re notio est: L. 5. de re iud. 42., 1.) VT PECVNIAM (römisches Geld lex Rubria c. 21. 22., anderes ist Waare und bedarf noch einer aestimatio: Volus. Maec. assis distr. 145.) SOLVAT, (wegen anderer als Geldurtheile — pronuntiatum, statutum — vgl. L. 46. pr. de V. S. (50., 16.). L. 5. §. 1. de re iud. (42., 1.) beide aus Ulpian lib. 59. ad edictum) NISI SOLVAT (besser hätte gestanden SI NEQVE SOLVAT NEQVE EO NOMINE SATIS FACIAT L. 4. §. 3. de re iud. (42., 1.), denn jede Genugthuung hemmt die Execution. Ueber den Begriff der Solution und Satisfaction: L. 54. de solut. (46., 3.). L. 46. de V. S. (50, 17.)). Es folgten die Bestimmungen des Edicts über das duci (wer ist solutus? L. 48. de V. S. (50., 16.), Gaius ad edictum praetoris urbani titulo qui neque sequantur neque ducantur), über Kost und Bett der Schuldgefangenen L. 43. 45. de V. S. (50., 16.), die Behandlung achtbarer Frauenspersonen in der Gefangenschaft L. 46. §. 1. eodem.

Beteres deßhalb bezweifelt, weil jene Tage in den zwölf Tafeln als solche bezeichnet werden, an welchen rechtliche Acte mit dem Schuldner nicht rechtsbeständig vorgenommen werden könnten: eosque dies, sagt Africanus, decemviri iustos appellaverunt, velut quoddam iustitium id est iuris inter eos quasi interstitionem quandam ei cessationem: quibus diebus nihil cum his agi iure possit. Allein unter dieser iuris actio war eben die Legis Actio gegen den Schuldner gemeint. Dagegen sind Rechtsgeschäfte zu dessen Gunsten eben so wenig wie bei andern gesetzlichen Fristen und Moratorien ausgeschlossen. Dieses anerkennt auch schon Gaius, wenn er, mit Beziehung auf jenes ältere Bedenken, in seinem Commentar zum Titel des städtischen Edicts de re iudicata sagt: intra dies constitutos, quamvis iudicati agi non possit, multis tamen modis (ohne Zweifel schrieb er statt dessen per aes et libram tamen [19]) iudicatum liberari posse hodie non dubitatur: quia constitutorum dierum spatium pro iudicato non contra iudicatum per legem constitutum est [20]).

In dem Besitz- und Retentionsrechte, welches der Gläubiger an seinem Pfande erworben hat, liegt schon von selbst die Befugniß, durch Gefängniß und Banden die Flucht des Arrestanten zu hindern [21]). Die Gesetzgebung schritt daher in dieser Beziehung nur zu Gunsten

---

19) Gaius 3., 173.
20) L. 7. de re iud. (42., 1.).
21) Livius 2., 24. — retinendi ius creditori —.

captum zu, nur soll der Verkauf, dem spätern Recht gemäß, unter obrigkeitlicher Vermittlung geschehen [26]). In ähnlicher Weise verstattete das ältere rohere Recht nach gleicher Frist und dreimaligem Aufgebot den eigenmächtigen Verkauf in die Fremde oder die Tödtung des durch die Manus Injectio gepfändeten Schuldners. Indeß bestimmten die zwölf Tafeln, daß auch diese Kapitalstrafe nur eintreten solle, wenn kein Pactum zwischen Gläubiger und Schuldner zu Stande komme. Durch diesen Vorbehalt erhielt sie dieselbe subsidiäre Stellung, welche die Talion bei der Injurie, die Addiction bei dem handhaften Diebstahl einnimmt, und verschwand im praktischen Leben gerade so wie diese [27]). Wenn daher Cicero in der Rede für den Quinctius schon die Präjudizialfrage, ob das Vermögen des Schuldners dreißig Tage lang im Besitz der Gläubiger gewesen, eine capitalis causa nennt, so folgt er dem Sprachgebrauch der Schriftsteller und Redner der republicanischen Periode, denen auch die causae existimationis wegen der mit der Ehrenschmälerung verbundenen halben publicistischen Capitis Diminutio als Ka-

---

mobiles animales pignori capi iubent mox distrahi, quarum pretium si suffecerit bene est.

26) Crassus ap. Cic. de or. III., 1. Tibull. IV., 13. 17. L. 31. de re iud. (42, 1.).

27) Gellius 20., 1. (Africanus) erat autem ius interea paciscendi, ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. intra eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut peregre trans Tiberim venum ibant (um die Rückkehr durch Postliminium abzuschneiden: Cic. de or. 1., 40., Puchta im Rhein. Mus. (1828) S. 385.).

pitalsachen gelten, während die Juristen der Kaiserzeit nur Lebensstrafen und Verlust des Bürgerrechts als Kapitalstrafen anerkennen[28]). Eine Ignominia aber traf den Fraudator auch noch dann, als von der ehemaligen Lebens- und Freiheitsstrafe der Bankerottirer sogar das Andenken verschollen war [29]). Vermöge dieser Ehrenminderung gilt der Judicatus nicht mehr als unverdächtige Person, und wird daher nur gegen bürgschaftliche cautio iudicatum solvi im Prozeß zur Vertheidigung gelassen. Auch hat er selbst in den Landstädten weder Wahlfähigkeit noch Stimmrecht in den Senaten. Erst die Lex Julia befreit verarmte Schuldner, welche sich zur Cession qualificiren, auch von diesem Ueberrest pönaler Behandlung der Insolvenz [30]).

---

28) Cicero pro Quinctio c. 8. sponsionem porro si istiusmodi fecerit, se — de capite suo causam esse dicturum — optio — ut aut ipse se capitis damnaret, aut causam capitis, si sponsionem fecisset priore loco diceret. Vgl. L. 103. de V. S. (50., 16.) licet capitalis latine loquentibus (bei den Rednern) omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis, mortis vel amissionis civitatis intelligenda est. Savigny, System 2. §. 81.

29) Tertullian. apologet. 4. in pudoris notam capitis poena conversa.

30) Die Cautionspflicht (Cic. pro Quinct. c. 8. Gai. 4., 102. L. 33. §. 1. de reb. auct. (42., 5.)) trat nach Cicero's Darstellung erst nach Ablauf des ersten der beiden Arrestmonate ein, der zu Nachlaßverträgen mit dem Gläubiger bestimmt war, während der zweite das trinundinum einschloß, welches dritte Vindices zur Intervention bewegen sollte. Die Lex Julia municipalis (Tab. Heracl. lin. 109. 110. 115. 117.) knüpft dagegen die Entziehung der Ehrenrechte schon an die Mission und Proscription, ohne eine dreißigtägige Dauer des Besitzes zu verlangen. Dieß kann

Das Bisherige betraf das persönliche Schicksal des Condemnirten.

Die Diction oder Addiction oder ihre Wirkungen beschränken sich aber nicht auf die Person des Judicatus, sie treffen auch seine Familie und das von ihm abhängige Vermögen.

Im Jahre 259 verbot ein Edict des Consuls Servilius wegen des damaligen latinischen Krieges den Gläubigern, die Kinder und Sohnesenkel Derer zu retiniren, welche am Kriege Theil nahmen [31]). Darin liegt offenbar, daß die Abduction regelmäßig gestattet war. Im Zeitalter der classischen Juristen war das conventionelle Pignus an Kindern des Schuldners bei Strafe der Relegation verboten [32]) und in einem Rescript Diocletian's wird gesagt, das Recht gestatte dem Gläubiger nicht, einer Forderung wegen „liberos" zu Knechtsdiensten anzuhalten.

> L. 12. C. de O. et A. (4., 10.) vom Jahre 294. Ob aes alienum servire liberos creditoribus iura compelli non patiuntur.

Man hat dieses Wort durch liberos homines erklären wollen, so daß die ehemaligen Ansprüche des Gläubigers auf die operae des Nexus und Judicatus [33]) für ab-

---

bloß Ungenauigkeit der Fassung seyn, es läßt sich aber auch denken, daß man bei den Ehrenrechten strenger war.

31) Livius 2., 24.: ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet, liberos nepotesve eius moraretur. Dionys. 6., 29. μήτε γένος αὐτῶν ἀπάγειν.

32) L. 5. quae res (20., 3.).

33) Varro de lingua lat. 7., 5. §. 105. liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debebat, dum sol-

geschafft erklärt würden. Diese Auffassung, welche ziemlich alt und unter andern in das canonische Recht übergegangen ist [34]), hat Das für sich, daß nach ihr der in den Worten servire liberos angedeutete Widerspruch erst in seiner ganzen Schärfe hervortritt. Allein, wie oft es auch später noch vorkam, daß Gläubiger gerade die Kinder ihrer Schuldner als Pfänder retinirten, oder zu Knechtsdiensten verwendeten, oder auch ihre Dienste vermietheten, ersieht man aus einem Gesetze Justinian's, in welchem eben diese Handlungen mit Leibesstrafe und dem Verlust der Forderung an die Aeltern bedroht werden. Daher hat denn auch bereits der Verfasser der Novellenauszüge liberos in unserer Stelle für Kinder des Schuldners genommen und deßhalb die Authentika aus der angeführten Justinianischen Novelle gerade an sie angeschlossen [35]).

Das Recht des Gläubigers an dem Vermögen des Judicatus wird ebenfalls schon in dem Edict des Servilius (Note 31) anerkannt. Nur war es damals und selbst nach den zwölf Tafeln noch dem Sieger überlassen, dasselbe eigenmächtig in Besitz zu nehmen und zu verkaufen, erst später wurde auch hier die Selbsthülfe verboten und die Besitznahme wie der Verkauf des Vermögens gleich nach der Abduction der Person unter obrigkeitliche Leitung gestellt. Die durch die Praxis ausge-

---

veret, nexus vocatur Dionys. 5., 53. 6., 79. Fragm. 16., 9. Appian. de reb. samnit. 1., 1.

34) c. 3. X. de pign. (3., 21.).

35) Nov. 134. c. 7. Auth. Imo C. de Oct. A. (4., 10.).

bildeten Grundsätze über die Immission, das öffentliche Aufgebot, die Verkaufsbedingungen, die Wahl eines magister bonorum vendendorum nach dreißig Tagen gingen seit dem siebenten Jahrhundert der Stadt in das Edict über [36]). Als Gegenstand des durch das Edict bestimmten Besitzes und Verkaufs dürfen aber nicht bloß die einzelnen Vermögensstücke, die res quae in universitate sunt, betrachtet werden. Vielmehr ist es das der Person unterworfene Ganze, die Familia, die Bona, die Universitas selbst und die in ihr enthaltenen Sachen, was als eine Pertinenz der Person in deren Schicksal mit verflochten wird. Dennoch wird keineswegs das civile Recht an dem Ganzen und den Elementen des Vermögens dem Sieger erworben und dem Bonorum Emptor oder Sector überlassen. Vielmehr verbleibt dem verurtheilten Schuldner wie die Libertas und Civitas (mit Ausnahme Dessen, was über die Schmälerung der Ehre bemerkt wurde) so auch die Familia. Sondern die in dem Pignus enthaltene, nach altrömischer Vorstellung auch an dem Vermögensganzen, den Bona, denkbare Possessio wird verkauft, der Erwerb derselben dem Käufer durch Interdicte gesichert, eben dadurch die Usucapion, wenn auch nicht des Ganzen, doch der in dem Vermögen enthaltenen körperlichen Sachen möglich gemacht und wegen der persönlichen obligatorischen Beziehungen des Schuldners durch Fictionsklagen nachgeholfen. Nur wenn von Staatswe-

36) Gaius 3., 81. 4., 35. L. 1. §. 2. de bonis lib. (38., 2.). Lex Thoria c. 26. (a. 643.). Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. 10., S. 172.

gen (publice) ein fremdes Vermögen subhastirt wird, bedarf es nicht erst einer usucapio pro emtore, um den Käufer zum quiritischen Eigenthümer zu machen. Denn da der Staat auch fremde Sachen gültig veräußern kann, so erwirbt der Sector die Bona und die in derselben enthaltenen körperlichen und unkörperlichen Dinge unmittelbar durch den Verkauf, und bedarf daher einer prätorischen Hülfe nur zu dem Ende, um den Besitz des verkauften Vermögens von dem Schuldner zu erlangen[37]).

IV. Revocation auf das Doppelte.

Die im Vorstehenden skizzirte altrömische Kapitalstrafe setzt voraus, daß der Verurtheilte ein condemna-

---

37) Gaius 3., 80. 81. neque autem — bonorum emptoris pleno iure res fiunt sed in bonis efficiuntur, ius quiritium autem ita demum adipiscuntur, si usuceperunt. interdum quidem bonorum emptorum [Huschke, Nexum S. 160. Note 234.: *idem plane ius*, *quod est mancip(i)um*, *esse intelligitur*, si per eos *scilicet* bonorum empt*oribus addicitur*, *qui publice sub hasta vendunt*.]. §. 81. item quae debitori debita sunt aut ipse debuit neque — bonorum emptores ipso iure debent aut ipsis debetur sed de omnibus rebus utilibus actionibus et conveniuntur et experiuntur, quas inferius (4., 35.) proponemus —. Ich gebe die Stelle nach Huschke's Restitutionsversuch, der in der ersten Stelle dem Sinn nach gewiß richtig (Varro de R. R. 2., 10. §. 4.), aber den Worten nach schwerlich zu rechtfertigen ist, da Gaius das Recht des Manceps, von dem er nirgends vorher gehandelt hat, sicher nicht so ohne Weiteres als bekannt voraussetzen würde. — Wegen der possessorischen Rechtsmittel: 4., 145. bonorum quoque emtori simile proponitur interdictum quod quidam possessorium vocant. 146. item ei, qui publice bona emerit, eiusdem condicionis interdictum proponitur, quod appellatur sectorium, quod sectores vocantur qui publice bona mercantur.

torisches Urtheil unerfüllt läßt, dessen faktische und rechtliche Existenz er nicht in Abrede stellt. Diese iudicati actio in confitentem ist auf das Einfache beschränkt, ihr Zweck ist, den Verurtheilten zur freiwilligen Bezahlung der Litisästimationssumme zu bewegen.

Allein der Verurtheilte kann unter gewissen Beschränkungen das iudicatum facere oportere läugnen (iudicatum negare, infitiari). Welchen Einfluß hat dieß auf das Judicat?

Die allgemeine Wirkung ist, daß die faktische und rechtliche Existenz des Judicats abermals in Frage gestellt und wenn diese Frage gegen den Verneinenden entschieden ist, dieser mit dem Doppelten bestraft wird. Dadurch nimmt die actio iudicati noch nicht die Natur einer Pönalklage an, vielmehr unterscheidet sie sich von dieser durch Dauer, Zweck und Vererblichkeit [38]), aber sie erhält einen pönalen Zusatz, der bestimmt ist, den Beklagten für sein Läugnen und den dem Kläger aufgebürdeten Beweis des Judicats zu züchtigen.

Denn die Verneinung des Judicats hat eine ganz andere Bedeutung, als die Abläugnung einer ordentlichen Klage, in welcher der Kläger sich der Mühe der Beweisführung unterzieht und unterziehen muß, um den Besitzstand zu seinen Gunsten zu verändern. Wenn er in dieser Klage ein günstiges Urtheil erwirkt hat, so glaubt er diese Mühe überstanden, es bleibt nur übrig, den wi-

38) L. 6. §. 3. de re iud. (42., 1.) (Ulpian) iudicati actio perpetua est et rei persecutionem continet. item heredi et in heredem competit.

derspenstigen Beklagten zur Erfüllung desselben zu nöthigen, den Insolventen löst vielleicht ein Dritter. In dieser Nähe des Ziels aber sieht sich der Kläger plötzlich durch die Anfechtung des Urtheils in die endlich überwundene Ungewißheit zurückversetzt, das vermeintlich geordnete Rechtsverhältniß wird ihm von Neuem ungewiß gemacht, er muß die Existenz des Urtheils beweisen, er muß die Prüfung der Gesetzlichkeit der Entscheidung des Cassationsrichters überlassen, und, wenn diese abfällig ausfällt, abermals klagen. Auf diese Weise führt er in der That zwei Prozesse über dieselbe Rechtsfrage trotz der Regel qua de re semel actum est, de ea re amplius agi non potest, oder bis de eadem re ne sit actio [39]). Es versteht sich, daß der Beklagte, welcher beide verliert, auch zwei Mal bezahlen muß. Von dieser Gefahr der Succumbenz hat die Anfechtung den Namen in duplum ire, sententiam in duplum (nicht in dubium) revocare erhalten. Es erhellt nicht, daß derselbe, wie man hin und wieder behauptet hat, auf die Form einer selbstständigen Anfechtung des Urtheils durch den Verklagten beschränkt wäre [40]).

---

39) Gaius 4., 108. L. 6. de exc. rei iud. (42., 2.) singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit — Quintilian. I. O. 7., 6. bis de eadem re ne sit actio. Diese Regel schützt wesentlich nur den Beklagten gegen eine zweite Klage — nicht gegen eine Nichtigkeitsbeschwerde — des Klägers nach der Freisprechung.

40) Puchta, Cursus der Inst. §. 179. Note c. d. §. 181. unterscheidet die Verneinung der actio iudicati des Siegers und die selbständige von dem Condemnirten ausgehende Anfechtung desselben vor Anstellung der actio iudicati. Die erste betrachtet er

Der materielle Unterschied der sententiae in duplum revocatio von der Appellation liegt darin, daß durch jene nicht die Gerechtigkeit, sondern die Gültigkeit des Urtheils angefochten wird. Sie ist mit andern Worten eine Nichtigkeitsbeschwerde. Die Gründe dieser Nichtigkeit können eben so wohl faktische als rechtliche Nichtexistenz des Urtheils, z. B. wegen Verletzung einer absoluten Rechtsvorschrift seyn, denn in beiden Fällen hat der Verurtheilte Grund, die Voraussetzungen der Execution zu läugnen. Der erste dieser Gründe ist niemals bezweifelt worden. Dagegen hat man den zweiten neuerdings wegen einer Stelle des Cicero in Abrede gestellt, die deßhalb genauer zu prüfen ist.

In der Vertheidigung des wegen Bestechungen und Erpressungen in der Verwaltung Asiens angeklagten L. Valerius Flaccus kam es darauf an, das Zeugniß eines gewissen Rhetor Heraclitus von Temnus zu entkräften. Dieser Mann hatte in Rom ein Mündelgut angekauft, das Kaufgeld war ihm von zwei römischen Banquiers gegen Bürgschaft seines Mitbürgers Hermippus vorgeschossen worden, den er über seinen Credit zu täuschen verstanden hatte. Dieser Hermippus, von den Gläubigern des Heraclitus angegriffen, zahlte die Kaufsumme und trat dann gegen den Hauptschuldner mit der Regreßklage auf, welche in der Provinz vor Recuperatoren

als eine mit dem Doppelten gestrafte Infitiation, die letztere als das Rechtsmittel der in duplum revocatio. Da die Nichtigkeitsbeschwerde so gut als Klage wie als Einrede angebracht werden kann, ohne daß diese Form einen wesentlichen Einfluß auf sie ausübte, so scheint mir zu dieser Unterscheidung kein rechter Grund.

verhandelt wurde, und ungeachtet aller Redekünste mit der Verurtheilung des Heraclitus endete. Allein Heraclitus zahlte diese Urtheilsschuld nicht und wurde, da er es zum Aeußersten kommen ließ, durch ein Decret des Statthalters L. Valerius Flaccus dem Kläger Hermippus addicirt und von diesem zur Haft gebracht. Kaum war er jedoch gegen Ueberlassung einiger Sclaven für einen Theil der Bürgschaftsschuld auf freien Fuß gekommen, als er mit einer Richtigkeitsbeschwerde gegen das in der Regreßklage gefällte Urtheil hervortrat. Er behauptete vor dem neuen Statthalter Q. Cicero, die Recuperatoren seyen von seinem Amtsvorgänger Valerius Flaccus durch Drohungen bewogen worden, ein ungerechtes Urtheil abzugeben. Auf diese Beschwerde erging folgendes Decret:

> Cicero pro Flacco c. 21. Frater meus pro sua aequitate prudentiaque decrevit: ut, si iudicatum negaret, in duplum iret: si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores.

Sell (§. 29. S. 234.) versteht die Entscheidung dahin, daß nur, wenn Heraclitus den faktischen Erlaß des Urtheils läugne, eine Formula auf das Doppelte concipirt werden solle. Behaupte er die Richtigkeit des Judicats wegen eines auf die Recuperatoren ausgeübten Zwangs, so sollten diese jetzt, ohne dem Zwange zu unterliegen, zum zweiten Male erkennen. Nach Sell's Meinung ist also die sententiae in duplum revocatio keine Richtigkeitsbeschwerde, und umgekehrt wird die Richtigkeitsbeschwerde nicht mit dem Doppelten gestraft. Als Grund

der Unterscheidung wird von Sell angeführt, daß der Beklagte, der das Urtheil läugnet, dem Kläger den Beweis der Existenz aufbürde, während er den des Zwanges und anderer Nichtigkeitsgründe selbst übernehmen müsse. Allein die Sache liegt in der That ganz anders. Aus der Beschwerde des Querulanten erhellte nicht deutlich, ob er die Nichtigkeit des Urtheils wegen Verstoßes gegen absolute Rechtsvorschriften (contra ius) oder wegen Einschüchterung der Richter (ex persona iudicis) behauptete. In beiden Fällen wäre eine Revocation auf das Doppelte möglich gewesen. Allein Q. Cicero entschied: in dem letztern bedürfe es keines neuen Judiciums, es genüge eine Fortsetzung des Prozesses vor denselben, nun von allem äußern Zwang befreiten Recuperatoren. In dem erstern dagegen bleibe nur ein zweiter Prozeß vor andern Recuperatoren übrig. Mit Recht nennt M. Cicero diese Entscheidung seines Bruders der Billigkeit gemäß: sie war es insofern, als er ohne Noth kein doppeltes Judicium und keine zwiefache Condemnation gestattete. Aber sie entsprach auch dem Jus civile, der prudentia [41]), wie Cicero sich ausdrückt, denn die ratio dupli lag, wie wir gesehen, nur in der Anordnung eines doppelten Judiciums über dieselbe Sache.

Das Urtheil in der Beschwerdeinstanz kann abermals als nichtig angefochten werden, so jedoch, daß der Que-

41) Vgl. L. 1. C. de poss. 7., 32. per liberam personam — adquiri possessionem — tam ratione utilitatis quam iuris prudentia (Savigny Besitz 363., 1.) receptum est, wo die Lesart prudentia statt pridem durch unsere Stelle vielleicht gestützt werden könnte.

rulant in den Betrag der beiden frühern Urtheilssummen, also in das Vierfache des ursprünglichen Streitgegenstandes verurtheilt wird. Aber auch der Querulat kann die ausgesprochene Nichtigkeit angreifen: illud meminerimus, sagt Macer, si quaeratur, iudicatum sit necne et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaverit licet fuerit iudicatum: rescinditur, si iudicatum non fuerit [42]).

Außer der schon in der Litiscrescenz enthaltenen Restriction unterliegt die Querel aber noch manchen andern wohlthätigen Beschränkungen, durch welche ihr Mißbrauch verhütet wird.

Erstens konnte der Verurtheilte nach den Grundsätzen des ältesten Prozesses sich der Manus Injectio nicht selbst widersetzen, da der Sieger aus dem Judicat ein wohlbegründetes Pfändungs- und Retentionsrecht hatte, dessen Object eben der Besiegte war. Er mußte also einen Defensor stellen, und zwar, da Niemand ohne Satisdation als idoneus defensor angesehen wird, einen Defensor, welcher hinlängliche Bürgschaft stellt. Nun aber läßt der alte Prozeß keine Prozeßführung auf fremden Namen zu, außer zu Gunsten der Freiheit und in einigen andern Fällen. Mithin muß dieser Defensor als Vin-

42) L. 1. pr. quae sent. (49., 8.). Die Stelle ist auch sonst noch prozessualisch merkwürdig. Sie beweist nicht nur, daß die Nichtigkeitsbeschwerde im ordentlichen Verfahren, nicht wie die Appellation extra ordinem verhandelt wurde, sondern auch, daß eine Formula in factum gegeben wurde, der etwa eine sponsio praeiudicialis voraufgehen mogte, an welche schon Bynkershoek obss. VI., 10. gedacht hat und auf die auch die Pronuntiatio hindeutet.

dicant der dem Verurtheilten unzweifelhaft verbliebenen Libertas auftreten und auf diesen Grund dem Sieger, wenn er von der Manus Injectio nicht abstehen will, Gewalt zeigen (vim dicere). Daher der Name Vindex für diesen Defensor. In dem nun über die Rechtmäßigkeit der Manus Injectio, also die Gültigkeit des Urtheils entstehenden Verfahren ertheilt der Prätor gegen die gehörige Satisdation, oder wenn der Vindex selbst sicher genug war, die Vindicien für die Freiheit. Als durch die Steigerung des magistratischen Einflusses auf den Prozeß die gesetzlichen Actionen außer Gebrauch kamen, verwandelte sich der Vindex in einen gewöhnlichen Sponsor des seine Vertheidigung nun selbst führenden Verurtheilten. Immerhin aber lag in der beibehaltenen Satisdationspflicht eine Schranke, welche den ganz creditlosen Judicatus, der keinen Bürgen mehr fand, von der Anfechtung des Judicats ausschloß [43]).

43) Gaius 4., 25. sed postea lege Vallia (Huschke, Recht des Nexum S. 141. schlägt vor Valeria und denkt an ein Gesetz des Dictators M. Valerius Corvus oder Corvinus vom Jahr der Stadt 413 nach Victor de vir. ill. 29. Appian. samnit. 1., 1. 2. — eine historische Combination, die ich für überaus glücklich halte —) exceptio iudicato et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus iniectionem agebatur permissum est, sibi manum depellere et pro se agere: itaque iudicatus et is pro quo depensum est, etiam post hanc legem vindicem dare debebant et nisi darent domum ducebantur idque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur, unde nostris temporibus is cum quo iudicati depensive agitur iudicatum solvi satisdare cogitur. 102. aut propter genus actionis satisdatur aut propter personam quia suspecta sit: propter genus actionis velut iudicati depensive — propter personam velut si cum agitur, qui decoxerit, cuiusve bona a

Zweitens wird den anerkannten Verächtern der obrigkeitlichen Gebote im Prozeß die Richtigkeitsbeschwerde versagt:

Paul. sent. 5, 5b. 17. ab ea sententia quae in contumaces data est, neque appellari neque in duplum revocari potest.

Cod. Gregor. X., 1. 1. (Alexander). Quae in libello contulisti praesidi provinciae allega, qui non ignorat eum, qui per contumaciam absens condemnatur nec appellationis auxilio uti aut in duplum revocare posse. (227.)

Indeß kann der Verurtheilte die Contumacia bestreiten, indem er Gründe für seine Abwesenheit anführt, dann wird das Contumacialurtheil nicht vollstreckt, sondern unter Beseitigung desselben ein anderer Richter bestellt, welcher, wenn er die Entschuldigungsgründe oder die Einrede der Erschleichung begründet findet, ein anderes Urtheil spricht, im entgegengesetzten Fall aber den Beklagten in das Doppelte verurtheilt.

L. 4. C. quomodo (7., 43.) (Philippus) si — pars diversa die feriato absente vel ignorante te a iudice dato ferri sententiam quasi contumaciter deesses impetravit, non immerito praeses negotium alterius iudicis notioni terminandum commisit. (Die Anordnung eines neuen

---

creditoribus possessa proscriptave sunt — Die Aenderung des Rechts wird erst durch August's Lex Julia judiciaria geschehen seyn; die Lex Rubria aus dem Triumvirat gedenkt wenigstens noch des Vindex.

Judiciums enthält, wie schon oben zu Cicero bemerkt wurde, den Beweis, daß den unterliegenden Beschwerdeführer die Infitiationsstrafe traf.)

Endlich drittens kann die Beschwerde, wenn der Querulant erst nach langem Schweigen auf Revision des Urtheils anträgt, durch longi temporis praescriptio ausgeschlossen werden.

Paul. sent. V. 5a. §. 8. res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest, nec eo nomine in duplum revocari. Longum autem tempus exemplo longi temporis praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur.

Wenn die Nichtigkeit bloß wegen mangelnden rechtlichen Gehörs, also wegen der Substantialien des Prozesses behauptet wird, so muß die Querel gleich nach erhaltener Nachricht von der Verurtheilung erhoben werden, weil diese Nichtigkeit durch nachträgliche Zustimmung sofort geheilt werden würde.

Justinian hat das ganze Recht der actio iudicati umgestaltet. Die bonorum venditio, der letzte Ueberrest der altrömischen Strafklage, ist aufgehoben, die in duplum revocatio wird nirgends erwähnt, die actio iudicati ist für eine erhaltende, vererbliche, der gewöhnlichen Klagverjährung unterliegende Klage erklärt, die cautio iudicatum solvi aufgehoben, die actio iudicati unter den Litiscrescenzfällen übergangen. Als Rechtsmittel gegen das Urtheil bleibt neben der Appellation nur

die einfache von allen Beschränkungen befreite Richtigkeitsbeschwerde bestehen.

Dennoch behandeln viele Schriftsteller, namentlich Sell §. 8. die Verdoppelung der Judicatsklage als einen auch im Justinianischen Recht geltenden Grundsatz. Der Hauptgrund für diese Ansicht wird entlehnt aus

> L. 7. de solut. (46., 3.). (Ulpian.) Si quid ex famosa causa et non famosa debeatur: id solutum videtur, quod ex famosa causa debetur. Proinde si quid ex causa iudicati et non iudicati debetur; id putem solutum quod ex causa iudicati debetur et ita Pomponius probat. Ergo si ex causa quae infitiatione crescit vel poenali debetur, dicendum est, id solutum videri quod poenae habet liberationem.

Wenn der Schuldner bei der Zahlung nicht bestimmt, für welche unter mehreren Forderungen sie gelten soll, so wird die drückendere Schuld als getilgt angenommen. Als solche soll unter anderen eine Urtheilsschuld gegenüber einer anderen noch nicht bis zum Urtheil gediehenen gelten. Den Grund dieser Anwendung der Regel glaubt Sell in der Litiscrescenz der Urtheilsschuld zu finden. Dafür wird angeführt; daß Ulpian die Urtheilsschuld mit den Fällen der Verdoppelung wegen Abläugnens durch ergo verbinde. Allein dieses Argument würde nur in dem umgekehrten Falle beweisen, wenn die Litiscrescenzfälle voranständen und die Urtheilsschuld als eine Anwendung nachfolgte. In der vorliegenden Gedankenfolge steht der letzte Satz mit dem mittlern in kei-

nem Causalzusammenhang, sondern die Urtheilsschuld bildet eine selbständige Anwendung des allgemeinen Princips. Ihr Drückendes bestand im classischen Recht freilich eben so wohl darin, daß die Infitiation sie auf das Doppelte steigerte, als daß die Proscription infamirte, im Justinianischen aber liegt es nur noch darin, daß sie sofort executorisch ist, während eine andere erst ausgeklagt werden muß. Wollte man aber auch Sell's Erklärung gelten lassen, so würde man doch genöthigt seyn, das Stehenbleiben der Verdoppelung in dieser Stelle für ein Versehen der Compilatoren zu nehmen, da Justinian durch die geflissentliche Austilgung der in duplum revocatio deutlich ausspricht, daß die Judicatsklage nur auf das Einfache gehen soll. Denn wenn Sell diese Weglassung daraus erklären zu können glaubt, weil das Urtheilsläugnen seltener geworden sey, seitdem mündliche Erkenntnisse außer in geringfügigen Sachen gemeiner Leute nicht mehr vorkommen sollen [44]), so beschränkt er wieder die Infitiation auf das Abläugnen der faktischen Existenz des Urtheils, während sie nach der richtigen Ansicht auch die rechtliche umfaßt, so daß die Richtigkeitsgründe durch die Vorschrift schriftlicher Abfassung sogar noch um einen vermehrt sind.

V. Condiction der Urtheilsschuld.

Der Grundsatz, daß die Rückforderung einer gezahlten Urtheilsschuld ausgeschlossen ist, sie mag begründet

44) L. 1—3. C. de sent. ex peric. (7, 44.). L. 6. C. de sent. (7, 45.). Nov. 17. c. 3.

gewesen seyn oder nicht, wird in mehreren Anwendungen so entschieden anerkannt, daß über ihn kein Zweifel möglich ist.

Dahin gehört zuerst:

L. 74. §. 2. de iudic. (5., 1.). (Julian.) Cum absentem defendere vellem, iudicium, mortuo iam eo accepi et condemnatus solvi: quaesitum est an heres liberaretur item quae actio adversus eum competeret? Respondi: iudicium, quod iam mortuo debitore per defensorum eius accipitur, nullum esse; et ideo heredem non liberari: defensorem autem, si ex causa iudicati solverit, repetere quidem non posse, negotiorum tamen gestorum ei actionem competere adversus heredem, qui sane exceptione doli mali tueri se possit, si ab actore conveniatur.

Die Anordnung eines Judiciums gegen einen Verstorbenen, ebenso die Verurtheilung eines inzwischen Verstorbenen auf den Grund einer noch gegen den Lebenden erlassen Formula ist nichtig, da ein Todter weder zum dare noch zum iudicatum facere oportere verpflichtet ist, die Formel muß vielmehr gegen die Erben erlassen oder auf sie transferirt werden [45]). Auch daß ein De-

45) L. 2. quae sent. (49., 8.). Paulus respondit, eum, qui in rebus humanis non fuit sententiae dictae tempore inefficaciter condemnatum videri. §. 1. Idem respondit adversus eum, qui in rebus humanis non esset, cum iudex datus est: neque iudicis dationem valuisse, neque sententiam adversus eum dictam vires habere. Vgl. Keller über Litiscontestation und Urtheil (1827) S. 351—353.

fensor nach dem Tode das Judicium annimmt, ändert hieran nichts, da auch in diesem Fall die Intentio auf den Todten gerichtet blieb. Daraus folgt, daß der Erbe durch die Intervention eines Defensors nicht liberirt wird, denn die Liberation setzt die Gültigkeit des Judiciums voraus, das von dem Defensor angenommene, auf den Verstorbenen, nicht auf den Erben lautende Judicium aber ist ungültig. Eben so gewiß ist es, daß der Defensor, welcher das nichtige Judicat erfüllt, ein Indebitum bezahlt hat. Nach allgemeinen Grundsätzen müßte er also condiciren können. Da jedoch die vermeinte Schuld eine putative Urtheilsschuld ist, so bleibt ihm nur übrig, sich an den Erben zu halten, welchem er, wenn auch keine Befreiung von seiner Schuld — denn er hat eben nicht im Namen des Erben gezahlt — aber doch eine doli exceptio gegen die abermalige Klage des befriedigten Gläubigers erworben hat.

Noch deutlicher ist unser Satz ausgesprochen in

> L. 36. fam. herc. (10., 2.). (Paul. lib. 2. quaestionum.) Cum putarem te coheredem meum esse idque verum non esset, egi tecum familiae herciscundae iudicio et a iudice invicem condemnationes et adiudicationes factae sunt: quaero rei veritate cognita utrum condictio invicem competat an vindicatio et an aliud in eo qui heres est, aliud in eo qui heres non sit, dicendum est? Respondi: Qui ex asse heres erat, si, cum putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiae herciscundae iu-

dicium et condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa iudicati solvit repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familiae herciscundae nisi inter coheredes acceptum: sed quamvis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Quod si neuter eorum heres fuit, sed quasi heredes essent, acceperint familiae herciscundae iudicium, de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine iudice diviserunt res, etiam condictionem earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem esse putavit qui fuit heres competere dici potest, non enim transactum inter eos intelligitur cum ille coheredem esse putaverit.

A. ist einziger Erbe des Z., hält aber den B. für seinen Miterben, provocirt auf eine Erbtheilungsklage, wird ihm zu gewissen Leistungen verurtheilt und erfüllt dieses Judicat. Darauf entdeckt er seinen Irrthum und will die bezahlte Nichtschuld zurückfordern. Wäre die Auseinandersetzung außergerichtlich erfolgt, so würde der Condiction Nichts entgegenstehen. Da er jedoch eine vermeinte Urtheilsschuld erfüllte, so ist die Repetition ausgeschlossen. Zwar könnte Jemand sagen: die Erbtheilungsklage setze zu ihrer Rechtsbeständigkeit das Erbrecht aller Betheiligten voraus, mithin sey das Judicat null und der Condicent habe juristisch gar nicht ex causa iudicati erfüllt. Allein jedenfalls glaubte doch der Klä-

ger wenigstens eine Urtheilsschuld zu erfüllen, und schon dieses reicht vollkommen hin, die Rückforderung zu beseitigen.

Etwas versteckter ist die Regel in einer Auseinandersetzung Julian's über die cautio de rato enthalten:

> L. 22. §. 2. Ratam (46., 8.). (Julian.) Quodsi procurator per iudicem non debitam pecuniam exegisset dici potest sive ratum dominus habuisset sive non habuisset fideiussores non teneri: vel quia nulla res esset, quam dominus ratam habere possit: vel quia nihil stipulatoris interest ratum haberi. Adficietur ergo iniuria is qui procuratore solvit: magis tamen est, ut, si dominus ratum non habuerit, fideiussores teneantur.

A. klagt als Bevollmächtigter des B. von Z. 1000 Thlr. ein, welche dieser dem B. gar nicht schuldig ist. Er verspricht dem Z., daß B. die gerichtliche Einziehung genehmigen werde, und stellt dem Z. für dieses Versprechen Bürgschaft. Wenn B. die Prozeßführung des A. anerkennt, so sind die Bürgen aus der Stipulation natürlich zu Nichts verpflichtet. Dasselbe könnte man annehmen wollen, wenn B. die Ratihabition verweigert. Denn erstlich, könnte Jemand sagen, fehle es an einer Forderung des B. gegen Z., also an einem Gegenstande der Ratihabition [46]). Zweitens scheint es auch an dem erforderlichen Interesse zu mangeln, auf welches die Con-

46) L. 6. §. 9. de neg. gest. (3., 5.) nullum negotium tuum gestum est, cum debitor tuus non fuerit.

demnation in der Stipulationsklage zu richten ist[47]). Denn da die Zahlung in Folge eines Judicats geschehen ist, so fällt die Condiction, welche bei einer außergerichtlichen Zahlung gegen B. eintreten würde, wenn B. durch Genehmigung der von A. empfangenen Zahlung das Geld gewissermaßen selbst empfangen hätte[48]), ohnehin fort, folglich kann es Z. einerlei seyn, ob B. ratihabirt oder nicht. Allein eben in diesem Wegfall der Condiction liegt das juristische Interesse des Z., sich an den Procurator A. und dessen Bürgen mittels der Stipulationsklage halten zu können, und darum ist es richtiger, ihm diese zu gewähren.

Eine beiläufige Erwähnung unsers Satzes findet sich endlich in

> L. 1. C. de cond. iud. (4., 5.). (Antonin.) Pecuniae indebitae per errorem, non ex causa iudicati solutae esse repetitionem iure condictionis non ambigitur.

Was ist nun aber der Grund dieser Ausschließung der Condiction?

Die römischen Juristen geben nur die ganz allgemeine Andeutung, daß sie in der Kraft des richterlichen Urtheils zu suchen sey und daher bei wissentlich wiederholter Annahme von Zahlungen nur eine Anklage wegen Stellionates übrig bleibe.

---

47) L. 3. pr. Ratam (46., 8.) quanti ea res erit. L. 13. quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui. L. 18. eod. quod intersit agentis. L. 19. eod. quod intersit stipulatoris.

48) L. 22. pr. L. 16. pr. Ratam (46., 8.).

L. 29. §. 5. mandati (17., 1.) (Ulpian.) ubi creditor vel non numeratam pecuniam vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim *propter auctoritatem rei iudicatae* repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur.

Die neuern Juristen haben die Sache meistens als eine rein positive gesetzliche Bestimmung des römischen Rechts behandelt und sich daher von vorn herein nicht bemüht, in ihren Grund und Zusammenhang mit dem Rechtssystem einzudringen. Die Wenigen, welche sich überhaupt auf die Sache einlassen, thun es in folgender Weise:

Sell behält (S. 4.) „den Versuch, die anscheinend räthselhafte Bestimmung, wonach in den Litiscrescenzfällen die condictio indebiti wegfällt, in ihren Gründen zu erklären, dem Verlauf des im ersten Hefte der Jahrbücher begonnenen Aufsatzes Nro. III." vor. Das Bedenkliche dieser Verweisung zum Separatum wird sich noch weiter unten herausstellen.

Die Mehrzahl, darunter Voet, Glück, Huschke, von Vangerow [49]), führt den von den Andeutungen

49) Voet. comm. ad Pand. 12., 6. §. 15. „ab initio simplum solvere maluisse censetur, quam per infitiationem sese periculo condemnationis in duplum exponere atque ita super duplo quasi transegisse." Glück 13. S. 94. „Der Grund, auf welchem diese Verordnung beruht, scheint der zu seyn, weil hier eine

der Römer ganz abweichenden Gedanken aus: der Schuldner wolle sich mit der Zahlung von der Gefahr, das Doppelte zahlen zu müssen, durch eine Art von Vergleich loskaufen. Da er wisse, daß, wenn er läugne, er entweder absolvirt oder auf das Doppelte verurtheilt werde, so zahle er lieber sogleich einfach, um der möglichen Doppelzahlung zu entgehen. Allein die Absicht, über die Richtigkeitsbeschwerde zu transigiren, würde voraussetzen, daß die Gültigkeit der Verurtheilung und der Erfolg der Querel dem Zahlenden problematisch erscheint. In den allermeisten Fällen aber wird er eben nur deßhalb Zahlung leisten, weil er fest an den Rechtsbestand des ungültigen Urtheils glaubt. Daß dieser Irrthum die Absicht zu transigiren ausschließt, erkennt auch Paulus an, wenn er am Schluß der angeführten L. 36. fam. herc. (10., 2.) sagt: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit. Zwar beruft sich Huschke noch auf den Satz: iuris error non prodest ad adquirendam condictionem. Allein erstlich kann der Irrthum über die Gültigkeit des Judicats ein faktischer seyn, indem der Zahlende etwa über das Miterbrecht oder das Leben des Gegners eine falsche Vorstellung hat. Zweitens hat die alte Rechtsregel iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus suum vero

---

Art von Vergleich angenommen wird, vermöge welchen derjenige, an den die Forderung gemacht wurde, lieber das Einfache habe bezahlen, als sich der Gefahr, aufs Doppelte condemnirt zu werden, auszusetzen." Huschke, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIII. S. 274. 281. v. Vangerow, Leitfaden III. (1847) S. 371.

petentibus non nocet [50]) eine weit speciellere Bedeutung, als Huschke annimmt: adquirere geht nicht auf jeden Erwerb, sondern nur auf Usucapion, bei welcher auch die Unterscheidung des faktischen und rechtlichen Irrthums allein von Wichtigkeit ist, und der Satz suum petentibus error iuris non nocet bedeutet bloß, daß dem Diebe gegenüber die Verwechselung der Vindication auf suum esse mit einer Condiction auf dare oportere dem sein Eigenthum verfolgenden Kläger keinen Nachtheil bringen, sondern auch die letztere Klage gegen den Dieb tenent seyn soll [51]). Die Begründung dieser Ansicht würde freilich eine eigene Abhandlung voraussetzen.

Hollweg findet in der Ausschließung der Condiction eine heilsame Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde. Der Verurtheilte, sagt er, soll das einmal geleistete Iudicatum unter dem Vorwande der Nullität des Urtheils nicht wieder fordern können [52]). Allein daß der Verurtheilte das Geleistete wieder erhält, wenn er durch Appellation die Rechtskraft des Urtheils beseitigte, wissen wir mit völliger Bestimmtheit [53]). Nun steht aber die Nichtigkeitsbeschwerde im Allgemeinen der Appellation gleich. Es ist daher gewiß nicht zu bezweifeln, daß auch

---

50) L. 7. de iuris et facti ign. (22., 6.).

51) Gai. 4., 4. §. 15. I. de act. (4., 6.)

52) Hollweg, Versuche (1827) S. 115. Note 45. Geschichte des röm. Civilproz. S. 375. Note 4.

53) L. 11. de app. (49., 1.) (Ulpian.) cum ex causa iudicati soluta esset pecunia ex necessitate iudicis ab eo qui appellatione interposita meruerit meliorem sententiam recipere eum pecuniam quam solvit oportebit.

dieses Rechtsmittel, siegreich durchgeführt, dem Querulanten das bereits Gezahlte oder im Wege der Execution Eingezogene wieder verschafft. Mithin liegt in der Versagung der Condiction nicht etwa eine Beschränkung der Querela und Exceptio Nullitatis, sondern Beides ist getrennt zu denken und die Meinung vielmehr die, daß der Querulant das Gezahlte nur durch Richtigkeitsbeschwerde, d. h. unter Gefahr des Doppelten im Unterliegungsfalle, nicht aber durch eine einfache Condiction ohne Succumbenzstrafe wieder erhalten soll.

Das Unzulängliche dieser Erklärungen nöthigt zum Versuche einer neuen. Dafür halte ich die folgende, ihre Richtigkeit zu prüfen muß ich Andern überlassen.

Mir scheint in der Versagung der Condictio Indebiti ein nothwendiges Complement der auctoritas rei iudicatae enthalten zu seyn, wie dieses schon die römischen Juristen angedeutet haben. Wenn A. von dem B. ein Darlehen von 1000 Thlrn. fordert und der Richter den B. condemnirt, so ist unter den Parteien rechtskräftig erkannt, daß der zu zahlende Posten ein Debitum des B. gegen A. ausmache, und dieses Resultat des Prozesses kann nur durch die Rechtsmittel der Appellation oder In Duplum Revocatio oder der prätorischen Restitution rückgängig gemacht werden. Abgesehen von diesen Rechtsmitteln gilt die Regel: post rem iudicatam nihil quaeritur [54]). Würde nun B., nachdem er die 1000 Thlr.

---

54) L. 56. de re iud. (42., 1.) (Ulp.). Post rem iudicatam vel iureiurando decisam, vel confessionem in iure fa-

bezahlt hat, mit der Behauptung gehört, der Posten sey ein Indebitum gewesen, so wäre dieß ein Verstoß gegen das positive Resultat des rechtskräftig entschiedenen Prozesses. Wie also die Regel qua de re semel actum est de ea re amplius agi non potest dem wiederholten Anspruch des Klägers nach abgeurtheilter Sache entgegensteht, so schützt die Ausschließung der Condiction das anerkannte dare oportere gegen die entgegen stehende Klage des frühern Beklagten.

Man könnte einwenden, denselben Schutz gewähre dem Kläger schon die exceptio rei iudicatae. Allein unsere Regel gehört einer Zeit an, in der es noch keine Exceptionen gab [55]).

Einen andern Einwand könnte Jemand aus dem der condictio indebiti anklebenden Character einer Civilrestitution entnehmen wollen. Da gegen Zahlung eines Indebitum aus einem nichtigen Urtheil durch prätorische Restitution geholfen wird, so könnte man auch die civile für zuläſſig halten wollen. Allein die außerordentliche, auf dem Imperium beruhende Hülfe setzt außer dem Irrthum noch einen besondern Restitutionsgrund, z. B. Minderjährigkeit voraus (Note 6.). Ueberdieß wird sie gegen das Jus civile gewährt. Der Condicent aber will durch das Jus civile selbst geschützt seyn. Und hier wird

---

ctam nihil quaeritur post orationem divi Marci: quia in iure confessi pro iudicatis habentur.

55) Gai. 4., 108. alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat, nec omnino ita ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

ihm, auch wenn er auf entschuldbare Weise irrte, doch immer die civilrechtliche Auctorität des Urtheils entgegen stehen. Denn er muß ein Indebitum behaupten und beweisen, welches eben nicht anders als in der Form eines Rechtsmittels gegen das Urtheil statthaft ist. Die Condiction aber ist kein Rechtsmittel, sondern eine ordentliche Klage.

Das gewonnene Resultat ist nicht ohne praktische Bedeutung.

In der oben angeführten Stelle aus Paulus Quästionen wurde nebenher auch die Frage aufgeworfen, aber nicht beantwortet, ob der Erbe die dem vermeinten Miterben vom Theilungsrichter adjudicirten Sachen wegen Nichtigkeit des Prozesses und Urtheils vindiciren könne? Nach dem gewonnenen Princip müssen wir die Vindication aus demselben Grunde für unstatthaft erklären, aus welchem die Condiction verworfen wurde: weil das Urtheil nur durch die Rechtsmittel der Appellation, Restitution, und revocatio in duplum beseitigt werden kann.

Von dem gewonnenen Standpunct aus ist auch erst eine Einsicht in das Justinianische Recht möglich. Manche Schriftsteller haben aus der Reception der Verwerfung der Condiction den Schluß ziehen wollen, daß auch die actio iudicati im Justinianischen Recht im Fall des Längnens noch auf das Doppelte gehen müsse [56]). Sie betrachten nämlich die erstere als die Wirkung der letztern und schließen von ihrer Fortdauer

56) Sell §. 8. S. 29. Hollweg, Versuche S. 115. Note 45.

auf die der Ursache. Allein die Versagung der Condiction ist eine unmittelbare Anwendung des Princips der Rechtskraft und völlig unabhängig von der Nichtigkeitsbeschwerde. Denn der Richter kann gar wohl die Existenz einer Schuld angenommen haben, wo ein Indebitum vorlag, ohne daß deßhalb das Urtheil nichtig wäre. Umgekehrt fällt die Condiction auch da weg, wo das Urtheil völlig gültig ist. Es war mithin durchaus keine Inconsequenz, wenn Justinian die sententiae in duplum revocatio aufhob und die davon unabhängige Verwerfung der Condiction bestehen ließ. Er hätte die Nichtigkeitsbeschwerde ganz abschaffen können, und die Verwerfung der Condiction würde in der Ordnung gewesen seyn, wenn nur die Rechtskraft beibehalten worden wäre.

VI. Vergleich nach dem Urtheil.

Vergleich ist Entscheidung über einen zweifelhaften Anspruch durch einen Vertrag, kraft dessen das ungewisse Rechtsverhältniß gegen eine gewisse Entschädigung aufgegeben wird. Nun wird jedoch die nothwendige Voraussetzung dieses Vertrags, die Ungewißheit, durch das Urtheil weggenommen. Mithin ist ein Vergleich über den abgeurtheilten Anspruch unmöglich, denn es wäre nicht weniger widersinnig, eine Sache, welche einmal entschieden ist, vergleichen, als eine verglichene oder entschiedene Sache durch ein (zweites) Urtheil erledigen zu wollen.

Diese Unstatthaftigkeit des Vergleichs ist denn auch

zu allen Zeiten auf das Bündigste und Unzweideutigste anerkannt. So bei

Paul. sent. I. 1. §. 5. Post rem iudicatam pactum nisi donationis causa interponatur, servari non oportet.

L. 4. C. Greg. de transact. (2., 11.). (Valerian und Gallienus). Praeses provinciae aestimabit utrum de dubia lite transactio inter te et civitatis tuae ordinem facta sit an de re iudicata, quia de re iudicata pacisci nemo potest (259.).

Der letzte Satz ist in die Consultatio c. 9. aufgenommen.

Aehnlich lautet L. 12. C. de transact. (2., 4.) vom Jahr 260. Praeses provinciae examinabit utrum de dubia lite transactio inter te et civitatis tuae administratores facta sit: an ambitiose id, quod indubitate deberi possit, remissum sit: nam priore casu ratam manere transactionem iubebit: posteriore vero casu nocere civitati gratiam non sinet.

Wenn daher Africanus (Note 27.) von den dreißig dies iusti nach dem Judicat behauptet, man habe während derselben zwar keine iuris actio gegen den Verurtheilten vornehmen, aber doch mit demselben paciſciren können (erat autem ius interea paciscendi), so meint er unter diesen Verträgen nicht etwa Vergleiche über den ursprünglichen durch das Judicat entschiedenen Anspruch, sondern, wie aus den gleich folgenden Worten ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta

hervorgeht, remissorische Verträge, durch welche die Strafklage in ähnlicher Weise aufgehoben und abgekauft wurde, wie es beim Diebstahl und der Injurie Rechtens war. (Note 8.) Daß dergleichen eine gänzliche oder partielle Schenkung enthaltenden Verträge keine lis dubia voraussetzen, bedarf keiner Auseinandersetzung.

Die nächste praktische Bedeutung der aufgestellten Regel ist diese. Während die Nexi Liberatio den Anspruch aus dem Judicat selbst, der formlose remissorische Vertrag dessen executivische Geltendmachung aufhebt, behält die Execution, des Vergleichs ungeachtet, ihren ungehinderten Fortgang. Wenn also der Kläger eine Forderung auf 1000 Thlr., von denen ihm 800 rechtskräftig zugesprochen sind, ungeachtet dieses Urtheils gegen 500 aufgeben zu wollen erklärt, so kann der Schuldner die Execution nur durch Zahlung von 800, nicht aber durch die Einrede des Vergleichs von sich abwenden.

> Consult. c. 4. = L. 3. C. Herm. de pactis et transactionibus. Pacto transactionis exactio iudicati non tollitur. Unde si pater tuus condemnatus iudicio post transegerit et solvit, solutione magis quam transactione tuum defende negotium.

Darin kann auch die generelle Stipulationsclausel EAQVE QVAE SVPRA SCRIPTA SVNT, SIC RECTE DARI FIERI STIPVLATVS EST AVLVS AGERIVS, SPOPONDIT NVMERIVS NEGIDIVS, welche auch den Vergleichsurkunden am Schluß hinzugefügt zu werden pflegte [57]), nicht die geringste Aen-

57) L. 7. §. 12. de pactis (2., 14.). L. 71. pr. pro soc.

derung hervorbringen. Denn der Schuldner promittirt darin nur eben dasselbe, was er aus dem Pactum zu geben verpflichtet ist, da er nun aus diesem Nichts schuldet, so folgt, daß auch die Promission leer und inhaltlos und darum nichtig ist, daß folglich eine Novation, die wenigstens eine klaglose Obligation voraussetzt, nicht eintritt, mithin auch die actio iudicati bestehen bleibt und die Execution ihren Verlauf behält. So ist folgende Stelle der Consultatio zu verstehen:

> Consult. c. 9. = L. 1. C. Greg. de transact. (2.,11.) (Antoninus). Summa sententia comprehensa, quam — iudex in condemnationem deduxit, minui pacto non potuit: ac propterea sublata cautione transactionis, quae nullo iure interposita est, Septimius Varianus rem iudicatam exequetur.

Und zwar ist die Stelle um so mehr so zu verstehen, als cautio transactionis hier nicht bloß auf die Uebereinkunft, sondern auch auf die derselben angehängte Stipulationsclausel zu beziehen ist.

Anders verhält sich aber die Sache, wenn der Kläger den ungeachtet des Vergleichs unverletzt gebliebenen Executionsanspruch durch die aquilianische Stipulation QVIDQVID TE MIHI EX CAVSA IVDICATI DARE FACERE OPORTET QVANTI EA RES EST TANTAM PECVNIAM DARI STIPVLATVS EST AVLVS AGERIVS SPOPONDIT NVMERIVS NEGIDIVS in eine Verborum Obligatio umgewandelt und

(17., 2.). L. 122. §. 1. L. 134. §. 13. L. 140. pr. de V. O. (45., 1.). L. 6. 9. 17. C. de transact. (2., 4.).

diese Forderung durch Acceptilation aufgegeben hat. In diesem Fall ist der ganze Anspruch zerstört. Denn die actio iudicati ist schon durch die Novation beseitigt, deren Wirksamkeit, da sie keineswegs den nichtigen Vergleich, sondern das gültige Judicat betraf, nicht bezweifelt werden kann [58]). Die an ihre Stelle getretene Stipulationsforderung aber ist durch die Acceptilation aufgehoben.

Dieser Satz ist völlig unzweifelhaft, wenn die Acceptilation eine Schenkung enthält, da unter dieser Voraussetzung auch schon die Convention selbst wirksam gewesen seyn würde.

> L. 17. de donat. (39., 5.) (Ulpian.). Si in stipulatum iudicatum novationis causa deductum sit et stipulatio donationis causa accepto lata: dicendum est locum liberationem habere.

Er gilt aber auch, wenn das Geschäft transactionis causa geschlossen ist und kam daher bei den Vergleichen regelmäßig zur Anwendung, da die Hinzufügung der aquilianischen Stipulation in römischen Vergleichsurkunden nicht zu unterbleiben pflegte [59]). Denn für diese aquilianische Stipulation und Novation bildet der Vergleich zwar das Motiv, sie selbst aber ist immerhin ein

---

58) L. 4. §. 4. de re iud. (42., 1.). L. 2. C. de exec. rei iud. (7., 53.).

59) L. 15. de transact. (2., 15.) = Paul. sent. I. 1. §. 3. Pacto convento Aquiliana — stipulatio subiici solet: sed consultius est, huic poenalem quoque stipulationem subiungere: quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest. L. 2. eodem. (Ulp. lib. 74. ad edictum) Transactum accipere quis potest, non solum si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta sed et si pactum conventum fuerit factum.

[illegible]

erstere ist wirksam, die letztere nicht. Da nun erst beide Clauseln zusammen genommen den Inhalt der ihrem Wesen nach gegenseitigen Vergleichsconvention ausdrücken, so folgt, daß man keineswegs behaupten kann, die Einkleidung in Frage und Antwort genüge, den ganzen Vergleich nach rechtskräftigem Urtheil klagbar zu machen. Auch würde sonst für das römische Recht die Ungültigkeit des Vergleichs nach dem Erkenntnisse kaum praktische Bedeutung gehabt haben, da, wie gesagt, nach römischem Gebrauch beide Schlußclauseln den Vergleichsurkunden hinzugefügt zu werden pflegten. Für das heutige Recht, welchem diese Sitte fremd ist, bleibt die volle Unwirksamkeit des Vergleichs nach dem Urtheil, auch in seinem zerstörenden remissorischen Theile als Regel bestehen [61]).

Eine weitere Anwendung der Nichtigkeit des Vergleichs über den entschiedenen Rechtsstreit zeigt sich in dem Rückforderungsrecht.

---

61) Vgl. hierüber Sell §. 15., dem auch Vangerow, Leitfaden 3., §. 668. folgt. Schon früher war Thibaut (über Vergleiche gegen rechtskräftige Urtheile) Archiv für civ. Praxis VIII. Num. 12. (1825) zu diesem Resultat gelangt, ungeachtet einer höchst mangelhaften Einsicht in den Grund des „Vergleichsverbots" und einer falschen Auslegung der im Text angeführten Stelle. Dagegen erklärte sich Goldschmidt, daselbst IX. Num. 5. (1826) über Vergleiche nach rechtskräftigen Erkenntnissen, der aber zwischen dem Vergleich und Nachlaß nicht gehörig unterschied und dadurch eine Replik des Erstern (Thibaut über Vergleiche gegen rechtskräftige Urtheile, daselbst IX. Num. 22.) hervorrief. Manche der in diesen Verhandlungen eingemischten Irrthümer hat Franke, in der Tübinger crit. Zeitschr. IV. S. 42—47. zu berichtigen versucht.

Wenn der transigirende Schuldner das in dem Vergleiche ungültiger Weise Versprochene zahlt, so kann er freilich die gezahlte Summe auf die Urtheilsschuld anrechnen, selbst wenn diese aus einer Alimentenforderung herrührt und der Vergleich ohne obrigkeitliche Genehmigung zu Stande kam, also in zweifacher Hinsicht ungültig ist. Denn die Zahlung enthält indirect ein iudicatum facere, welches die Urtheilsschuld mindert oder aufhebt und die Execution ganz oder theilweise sistirt[62]). Allein der Schuldner kann auch die Richtigkeit des Transacts geltend machen und das aus diesem Gezahlte als ein Indebitum condiciren. Jedoch kann in diesem Fall der Gläubiger, wenn das aus dem Vergleich Geleistete dem Gegenstand der Urtheilsforderung gleichartig, also beides baares Geld ist, dasselbe auf diese Forderung compensiren. Ist es ungleichartig, so hat er wenigstens ein Retentionsrecht.

> L. 23. §. 1. de cond. indeb. (12., 6.) (Ulpian.) Si post rem iudicatam quis transegerit et solverit, repetere poterit: idcirco quia placuit transactionem nullius esse momenti — retineri tamen et compensari in causam iudicati quod ob talem transactionem solutum est, potest.

62) Consult. c. 4. = L. 3. C. Herm. de pactis et transactionibus. L. 7. §. 1. 2. de transact. (2., 15.) (Ulpian.) — solutione magis quam transactione — defende negotium — transactio non peremit rem iudicatam, tamen eo quod datum est, relevari rem iudicatam oportet — non proficit ad transactionem extenuat tamen rem iudicatam —.

Ueber den Grund der Ungültigkeit des Vergleichs sind uns zwei Ansichten überliefert.

Der Verfasser der Consultatio, wie anderswo gezeigt wurde [63]), ein gallischer Jurist des fünften Jahrhunderts, betrachtet ihn als eine Verletzung des öffentlichen Rechts. Wie dieses gemeint ist, geht aus folgender Anwendung hervor. In einem Rechtsstreit waren die Parteien übereingekommen, nach gesprochenem Urtheil noch auf zwei Schiedsrichter zu compromittiren. Von diesem Vertrage nun behauptet jener Jurist, er beruhe auf einem Verkennen der Gränzen des schiedsrichterlichen Amts und es sey ein unverantwortlicher Leichtsinn, einen bereits gerichtlich entschiedenen Rechtsstreit durch Vertrag der nochmaligen Entscheidung eines Vereins von nicht einmal drei Mitgliedern zu unterwerfen. Wären diese auch noch so angesehene Männer, so fehle ihnen doch die öffentliche Auctorität und die Macht, ein gesprochenes Urtheil zu revidiren, die nur höhern Staatsbehörden und zuletzt dem Princeps zukomme. Wollten sich die Parteien bei dem Urtheil nicht beruhigen, so hätten sie an den Princeps appelliren, oder ihre Ansprüche schenkungsweise aufgeben müssen. Vergleiche und Compromisse nach dem Urtheil aber verstießen gegen die bestehende Gerichtsverfassung, da sie Privaten ihre Stelle über den Gerichten anwiesen [64]).

---

63) Rudorff, über Entstehung der Consultatio: in dieser Zeitschrift 13., Num. 2. (1846.)

64) Consult. c. 7. dum contra legum iurisque ordinem veniens iustam arbitrii ignoravit custodire mensuram, quae tanta

Daß diese Auffassung keine individuelle jenes Juristen, sondern eine allgemeiner verbreitete war, erhellt aus einer Anwendung derselben, die sich in einem Rescript von Valentinian und Valens im Theodosischen Codex findet. Die Strafstipulation, welche die alten Juristen als Sicherungsmittel gegen die etwanige Nichtigkeit des Vergleichs anempfahlen (Note 59.), soll ebenfalls von der Ungültigkeit des Vergleichs ergriffen werden, da sie dazu dient, einen unerlaubten Vertrag (pactum contra ius factum) zu befördern.

L. 2. C. Theod. de transact. (2., 9.). Post sententiam pacisci non licere iuris ordine praecavetur. Unde cum supplicans inique se oppressam et post sententiam sacri auditorii depactam se esse commemorat, amota poena, quam pacto contra ius facto serenitas tua inesse praeviderit, legum auxilio consulat supplicanti.

In das Justinianische Rechtsbuch ist jedoch jene Ansicht und die eben erwähnte Anwendung derselben nicht

duarum personarum dignitas potuit reperiri aut quae intra regionem tanta fuit defectio iudicantium, ut nec triumvirale iudicium etiam de rebus iudicatis male paciscentium non tam electio sed quod verius est facilitas eligeret. de rebus enim iudicatis soli principi et contra iudices licuit iudicare. aut si ita convenerat, ut iudicii vinculum solveretur. ergo pactio ipsa iudicii ordinem et constitutionem infirmat, quae distingit quod tamen non paciscendo sed donando fieri potuisset — — temeritas iudicantis, ubi minor numerus post maiorem — et religiosorum quos non summi pontificatus honor attollit contra res iudicio terminatas praesumserit ferre sententiam — demum, si quae in contentionem veniunt aut ampliori numero iudicum aut summae potestatis sunt arbitrio decernenda.

übergegangen. Ihm ist der Grund der Ungültigkeit nur die durch das Judicat gehobene Ungewißheit, ohne welche sich zwar ein Erlaß (pactum donationis causa), aber kein Vergleich und Compromiß über den Anspruch denken läßt [65]). Es läßt sich daher kaum rechtfertigen, wenn manche Juristen von einem Vergleichs**verbote** noch im geltenden Rechte reden und dafür das Streben, die Autorität der Gerichte zu stützen und möglichem Zwang vorzubeugen, als Gründe anführen [66]). Indeß enthält diese Auffassung auch für das Justinianische Recht ein wahres Element, von welchem sogleich unter Num. VII. die Rede seyn wird.

Eine eigenthümliche Ansicht über den Grund der Ungültigkeit des Vergleichs hat **Puchta** (Cursus der Inst. II. §. 157. Note f) aufgestellt. Die Unzulässigkeit soll nur so zu verstehen seyn, daß ein Pactum ungültig ist, wodurch man sich von einer Strafe für eine künftige Handlung frei machen will. Dieß könne bei jener Uebereinkunft der Fall seyn, da es sich hier nicht um eine fällige, sondern um eine künftige Strafe für ein künftiges Vergehen handele. Zweierlei scheint mir dieser Ansicht entgegen zu stehen. Einmal ist das prozessualische

65) L. 1. de transact. (2., 15.) qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit qui vero paciscitur donationis causa, rem certam et indubitatam liberalitate remittit.

66) So **Thibaut** im Archiv für civ. Pr. VIII. S. 306. Dagegen **Sell** a. a. O. S. 62., **Vangerow** a. a. O. S. 489., die aber zu weit gehen, wenn sie jene publicistischen Rücksichten ganz wegläugnen, während sie nur in der Justinianischen Compilation nicht als Motive angeführt sind.

Läugnen als solches, abgesehen von Calumnie, kein Vergehen, wie das Furtum, oder die Injurie, es fehlt also an der *turpis causa*, welche z. B. dem Vergleich über einen erst zu begehenden Diebstahl entgegen steht. Zweitens würde jener Grund noch mehr den Nachlaß treffen, durch welchen das Unsittliche gewiß in noch höherm Maße befördert wird. Dieser aber ist in den Fällen der Litiscrescenz gültig.

Zuletzt sind noch die Gränzen unsers Rechtssatzes bemerklich zu machen.

Inwiefern nach dem Urtheil und ungeachtet desselben noch ein Rechtsstreit möglich ist, kann auch noch ein Vergleich geschlossen werden, um diese Rechtsunsicherheit zu heben.

Vor Allem also ist ein Vergleich möglich in der *Instanz der Rechtsmittel*: der Appellation, der sententiae in duplum revocatio, der Nichtigkeitsbeschwerde, der Restitution. Selbst die Möglichkeit eines Rechtsmittels *genügt* schon, da sie auf einer Ungewißheit der faktischen oder rechtlichen Existenz des Urtheils beruht, erst das völlig unzweifelhafte und unanfechtbare Urtheil schließt den Vergleich aus [67]). Außer mehreren anderen sind hierüber besonders zwei Stellen von Ulpian bemerkenswerth:

> L. 23. §. 1. de cond. ind. (12., 6.). Quid ergo? si appellatum sit vel hoc ipsum incertum sit an iudicatum sit vel an sententia valeat? Ma-

67) Consult. c. 9. L. 7. pr. de transact. (2., 15.).

gis est, ut transactio vires habeat: tunc enim rescriptis locum esse credendum est cum de sententia indubitata, quae nullo remedio adtemptari potest, transigitur.

L. 11. de transact. (2., 15.). Post rem iudicatam etiamsi provocatio non est interposita tamen si negetur iudicatum esse vel ignorari potest an iudicatum sit quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest. (Man denke den Fall, daß die urkundliche Ausfertigung des Urtheils verloren ist.)

Damit hängt der Grundsatz zusammen, daß ein Transact vorkommen kann unter den Personen, auf welche die Wirkung des Judicats sich nicht erstreckt. Wenn also der Bürge verurtheilt ist, so kann der Hauptschuldner immer noch transigiren, denn über seine Schuld liegt kein Judicat vor und das über die Bürgschaftsschuld ergangene bindet ihn, den Transigenten, nicht.

L. 7. §. 1. de transact. (2., 15.) (Ulp.). Si fideiussor conventus et condemnatus fuisset mox reus transegisset cum eo, cui erat fideiussor condemnatus, transactio valeat, quaeritur. Et puto valere: quasi omni causa et adversus reum et adversus fideiussorem dissoluta: si tamen ipse fideiussor condemnatus transegit non peremit rem iudicatam, tamen eo quod datum est, relevari rem iudicatam oportet.

Endlich ist ein Vergleich über die Summe möglich in der Liquidationsinstanz, wenn das Urtheil die Ver-

bindlichkeit anerkannt, das Quantitative aber noch unbestimmt gelassen hat [68]).

Eine Art des Transacts ist die Eidesdelation, die daher nach gesprochenem Urtheil auch nur insofern zulässig ist, als durch irgend ein Rechtsmittel die Sache von neuem zweifelhaft geworden ist [69]).

VII. Ausdehnung des Urtheilsrechts. Geständniß.

Fassen wir die nun vollendete erste Anwendung unserer drei Rechtsregeln (§. 1.) in einem Ueberblick zusammen, so erscheinen sie in so engem und natürlichem Zusammenhange mit dem System der Rechtskraft und der Rechtsmittel, daß eine Ausdehnung über die Gränzen des Urtheilsrechts von vorn herein für unwahrscheinlich, ja abgesehen von besondern gesetzlichen Bestimmungen für unzulässig gehalten werden könnte.

In der That finden wir auch auf die dem Urtheil zunächst liegenden fines litium keine jener Regeln angewandt.

Dieß gilt zunächst von der Entscheidung eines Rechtsstreits durch Eid, Vergleich, Compromiß. Obwohl in ihrem Zweck dem Urtheil verwandt, sind sie doch bloße

68) Consult. c. 9. (Alexander). Si certa quantitas in condemnationem iudicii deducta fuerit, pacisci exinde non posse — L. 7. de confessis (42., 2.).

69) arg. L. 11. C. de R. C. (4., 1.) post definitivam autem sententiam, quae provocatione suspensa non sit, vel quae, postquam fuit appellatum, corroborata fuerit: nullo modo revocare iuramentum — concedimus —.

Privatconventionen ohne die publicistische Stellung und die executorische Kraft des Judicats. Die römischen Juristen anerkennen ausdrücklich und im Gegensatz gegen das richterliche Urtheil, daß Jeder, der aus einem Vergleiche irrthümlich schuldig zu seyn glaubt, nach Entdeckung des Irrthums das Geleistete condiciren kann.

L. 23. pr. de cond. indeb. (42., 6.) (Ulp.). Eleganter Pomponius quaerit: si quis suspicetur transactionem factam ab eo cui heres est, vel ab eo cui procurator est et quasi ex transactione dederit, quae facta non est, an locus sit repetitioni? Et ait repeti posse, ex falsa enim causa datum est. Idem puto dicendum et si transactio secuta non fuerit, propter quam datum est. Sed et si resoluta sit transactio idem erit dicendum.

Eben dasselbe wird in Ansehung des schiedsrichterlichen Urtheils angenommen.

L. 26. §. 10. eodem (Ulpian.). si quis quasi ex compromisso condemnatus falso solverit, repetere potest.

Eben so ist das Urtheil in einer verglichenen Sache nicht null, während umgekehrt der Vergleich über eine abgeurtheilte nichtig ist.

L. 23. §. 3. de cond. indeb. (12., 6.) (Ulp.). Si quis post transactionem nihilominus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet.

Und darin liegt das Anerkenntniß versteckt, daß die Aus-

schließung des Vergleichs und der Condiction nach dem Urtheil in der publicistischen Stellung des Richteramts und nicht bloß in der reinen Gewißheit der Entscheidung ihren Grund hat, welche durch den Vergleich in demselben Grade gewonnen wird wie durch das Urtheil.

Aber auch auf das Geständniß wird ungeachtet der alten Regel: confessus pro iudicato habetur das Urtheilsrecht nicht angewandt.

In jener Regel nämlich ist allerdings enthalten, daß das Geständniß executorisch ist, wie das condemnatorische Urtheil. Auch gestatteten demgemäß die zwölf Tafeln gegen Den, welcher eine Schuld in römischem Kupfergelde vor dem Prätor einbekannt hat, nach dreißig Tagen die Manus Injectio: QVANDO AIS NEQVE NEGAS TE MIHI SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERE — OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM PRO IVDICATO MANVM INICIO [70]). Nach demselben Grundsatze verordnet die Lex Rubria: wer vor der Ortsbehörde eine Geldschuld in römischem Staatsgelde von nicht mehr als 15,000 Sesterzen eingesteht und diese weder zahlt noch dem Kläger sonst gerecht wird, der soll behandelt werden, als wenn er durch rechtmäßiges Gericht verurtheilt wäre, und der Ortsbehörde das Recht zustehen, ihn ins Gefängniß abduciren zu lassen [71]). Wer eine andere Ver-

70) Gellius XX. 1. Valerius Probus Q. A. N. N. = Quando ais neque negas.

71) Lex Rubria c. 21. A quocunque pecunia certa credita, signata forma publica populi Romani — petetur — si is eam pecuniam in iure apud eum qui ibi iuri dicundo praeerit, ei, qui eam petet — dare oportere debereve se con-

pflichtung eingesteht, wird so angesehen, als wäre er in Rom vor dem Prätor verurtheilt, von dem dann auch die Executivmaßregeln, namentlich die Abduction und Bonorum Possessio angeordnet und geleitet werden sollen [72]).

Weiter aber geht die Aehnlichkeit mit dem Urtheil nach meiner Ueberzeugung nicht. Namentlich ist es keinesweges die Meinung, daß auch das Geständniß gleich dem Urtheil durch in duplum revocatio angefochten werden könnte. Vielmehr wird ausdrücklich bezeugt, daß dem Confessus wie dem Contumax sowohl dieses Rechtsmittel wie die Appellation versagt sey.

Paul. sent. V. 5a. §. 5. Confessionem suam reus in duplum revocare non potest [73]).

---

fessus erit, neque id quod confessus erit solvet satisve faciet — tum de eo — sirems lex — esto atque — si is qui ita confessus erit — eius pecuniae ei — ex iudiciis datis — iure lege damnatus esset fuisset. Quique cunque duumvir — iuri dicundo praeerit, is eum — tantae pecuniae, quanta ea pecunia erit, de qua tum inter eos ambigitur — duci iubeto.

72) Lex Rubria c. 22. A quo quid praeter pecuniam certam creditam — petetur — si is eam rem ei, qui eam petet — in iure — dare, facere praestare restituereve oportere aut se debere eiusve eam rem esse, aut se eam habere eamve rem, de qua arguetur, se fecisse obligatumve se eius rei noxiaeve esse confessus erit dixeritve, neque de ea re satis — faciet, tum de eo — sirems lex — esto, atque — si is — Romae apud praetorem in iure confessus esset. Praetor — in eum — ius dicito, decernito, eosque duci bona eorum possideri proscribive venireque iubeto ac si is — de ea re in iure apud eum Praetorem — confessus esset — dum ne quis nisi Praetor — bona possideri, proscribi, venire ducique eum iubeat.

73) Vgl. Paul. sent. V. 35. §. 2. Appellationes, — quae ab executoribus et confessis fiunt, recipi non placuit.

Der Grund ist der gelegentlich des außergerichtlichen Schuldbekenntnisses angegebene: nimis indignum iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere [74]).

Dieß ist jedoch nicht so zu verstehen, daß der wirklich oder angeblich Geständige nicht einmal um den Preis des Doppelten die faktische oder rechtliche Existenz des Geständnisses in Frage ziehen dürfte. Vielmehr kann der Implorat gegen beides seine Einwendungen geltend machen, z. B. das Hinderniß der Abwesenheit des Gegners ausführen, ohne an die Fristen und Succumbenzstrafen der sententiae in duplum revocatio gebunden zu seyn.

Denn auch in Ansehung der Condiction weicht das Geständniß vor dem Magistrat von dem Urtheil ab. Wenn der Geständige darthut, er habe sich irrig für verpflichtet gehalten, die eingestandene Summe zu zahlen, so gilt er gar nicht als geständig und die Execution tritt nicht ein, es müßte denn sein Irrthum ein unverzeihlicher, z. B. ein Rechtsirrthum seyn. Eben deßhalb kann er das irrthümlich Geleistete condiciren. Man vergleiche die ganz allgemein lautende:

> L. 2. de confessis (42., 1.) (Ulpian. lib. 58. ad edictum). Non fatetur qui errat, nisi ius ignoravit.

Dieser Punkt ist freilich sehr bestritten.

Hollweg will nach dem Geständniß keine Berück-

---

74) L. 13. C. de non num. pec. (4., 30.) (Justinian).

sichtigung der wirklichen Wahrheit mehr zulassen und bezieht unsere Stelle auf den unächten Irrthum über den Gegenstand des Streites, welcher den Consens und mit ihm die Existenz des Geständnisses hindert [75]). Aber was sollte dann die Ausnahme des Rechtsirrthums, die offenbar auf den Irrthum, welcher den Consens ausschließt, nicht paßt, sondern sich auf einen Fall bezieht, in welchem der Geständige die Behauptung des Klägers auch in ihrem juristischen Theil, aber aus Unkenntniß eines ihm günstigen Rechtssatzes einräumt, z. B. die Schuld eines Vermächtnisses im Betrage von 1000, weil ihm die Falcidia unbekannt ist [76]).

Brackenhöft hält die Condiction aus zwei Gründen für unstatthaft. Erstlich, weil das Geständniß vor dem Magistrat dem Urtheil gleichstehe. Aber diese Gleichstellung gilt, wie wir gesehen haben, nicht überall, da das Geständniß in seinem Wesen immer nur eine Privaterklärung und kein Ausspruch der Staatsorgane ist. Zweitens wegen des Grundsatzes: post confessionem in iure factam nihil quaeritur post orationem divi Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur [77]). Aber hierin wird nur gesagt, daß in dem regelmäßigen Falle eines unangefochtenen Geständnisses kein

75) Hollweg, Versuche (1827) S. 271. 272.

76) Brackenhöft, Archiv für civ. Pr. XX. S. 371.

77) L. 56. de re iud. (42., 1.). Vgl. L. 6. §. 2. de confess. (42., 2.) dici potest in his omnibus subsequi praetorem voluntatem orationis divi Marci debere et omne omnino quod quis confessus est pro iudicato haberi.

Judex über die Schuld mehr bestellt wird, von der Anfechtung wegen Irrthums handelt der Jurist gar nicht.

Mit Recht hat daher schon Savigny [78]) auf die Analogie der condictio indebiti nach jeder andern Zahlung hingewiesen. Wie man nämlich wegen probabeln Irrthums eine Zahlung, ungeachtet des in ihr enthaltenen Anerkenntnisses der Schuld widerrufen kann, eben so kann man die in einem gerichtlichen Geständniß enthaltene Anerkennung einer Nichtschuld so wie die in Folge derselben erfolgte Zahlung condiciren.

Dafür spricht auch noch folgender Grund. Gegen ein Geständniß ist, wenn auch keine Appellation, doch Restitution wegen Minderjährigkeit und anderer Restitutionsgründe zulässig [79]). Die Condiction aber ist nichts Anderes, als eine Civilrestitution. Als solche setzt sie eine iusta causa voraus. Daher das Erforderniß des probabeln faktischen Irrthums [80]).

Justinian hat in einem Falle eines außergerichtlichen Geständnisses das Abläugnen mit dem Doppelten bestraft.

---

78) Savigny, System III. S. 373.

79) L. 6. §. 5. de confessis (42., 2.) minorem a confessione sua restituemus.

80) Vgl. auch L. 11. §. 10. de int. (11., 1.) qui iusto errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est. 12. Celsus sribit licere responsi poenitere, si nulla captio ex eius poenitentia sit actoris. Quod verissimum mihi videtur: maxime si quis postea plenius instructus, quid faciat, instrumentis vel epistolis amicorum iuris sui edoctus.

Wenn über ein Gelddarlehen ein Empfangschein ausgestellt und in demselben die Auszahlung der Summe eingestanden ist, so kann bekanntlich der Beklagte binnen eines gewissen Zeitraums — Anfangs eines Jahres, im neuesten Recht zweier — durch eine Art von Richtigkeitsbeschwerde, die querela non numeratae pecuniae, das Empfangsbekenntniß anfechten.

Der wichtigste Unterschied von der Richtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile besteht darin, daß der Querulant den Nichtempfang der Valuta nicht zu deduciren braucht, vielmehr der Kläger genöthigt ist, deren Zahlung zu beweisen.

Wenn nun der Beklagte durch Abläugnung seiner Handschrift dem Kläger den Aechtheitsbeweis der Urkunde, durch Verneinung des Empfangs den Beweis der Auszahlung der Darlehenssumme aufbürdet, so soll nach einer Novelle Justinian's den unterliegenden Beklagten die Succumbenzstrafe der doppelten Zahlung und des Verlusts seiner Einrede der Schuldabtragung treffen.

Die nämliche Strafe soll eintreten, wenn der Kläger die Ausstellung der von ihm gegebenen Quittung oder die Richtigkeit des darin bescheinigten Zahlungsempfangs in Abrede stellt und von dem Beklagten der Unwahrheit überwiesen wird [81]).

Wenn jedoch der Beklagte unter Vormundschaft steht und der Vormund läugnet die Handschrift ab, so trifft die Strafe natürlich den Vormund, nicht den Dominus:

81) Nov. 18. c. 8. Auth. Contra C. de non num. pec. (4., 30.).

vorausgesetzt, daß die Handschrift die eigene des Vormundes war, denn die des Mündels oder seines Erblassers ist er zu kennen nicht verpflichtet [82]).

Man kann jedoch diese Bestimmung Justinian's schon darum nicht an die Grundsätze vom confessum aes anschliessen, weil bei diesem die in duplum revocatio nie gegolten hat. Eher könnte man sie noch allenfalls als eine Auffrischung der uralten Regeln vom Nexum, oder der Silischen Sponsion zur Erhaltung des Credits beim Darlehen betrachten. Justinian aber hat nicht mehr dieses Muster, sondern die Lex Aquilia vor Augen, daher gilt auch die Ausschließung der Condiction, die sich bei dem Nexum ohne Damnation nicht nachweisen läßt. (Num. XIII.)

VIII. Depensum.

Das unmittelbar Vorangehende ergab, daß das Recht des Urtheils auf diejenigen fines litium, welche auf Parteihandlungen ohne die öffentliche Auctorität des Urtheils beruhen, keine Anwendung fand.

Dagegen ist dieses Recht auf eine scheinbar viel weiter entlegene Klage ausgedehnt worden, die eben deßhalb stets unmittelbar neben der Judicatsklage genannt wird [83]).

---

82) Nov. 18. c. 9. *ὅταν ἐπ' οἰκείοις αὐτῶν τῶν κηδεμόνων γίνοιντο γράμμασι* (sc. *αἱ ἀρνήσεις*); Haloander: quando contra curatorum propriam manum fiunt.

83) Gai. 4., 9. indicati, depensi. 25. excepto indicato et eo pro quo depensum est. 102. indicati depensive. 171. indicati aut depensi. 186. indicati depensive.

Diese Klage ist die Regreßklage des zahlenden Sponsor gegen den Hauptschuldner: die actio depensi.

Wenn der Sponsor den Reus durch Zahlung der Schuld liberirt hat, der Hauptschuldner aber binnen sechs Monaten, von dem Zahlungstage an gerechnet, dem Bürgen seine Auslage nicht wieder erstattet, so soll der Sponsor nach einer Lex Publilia von unbekanntem Alter, statt mit der gewöhnlichen im ordentlichen Prozesse zu verhandelnden mandati actio, im strengsten Executivprozesse seinen Regreß verfolgen können. Dem gemäß hat der Sponsor die Legis Actio QVOD EGO PRO TE SESTERTIVM X MILIA DEPENDI, QVAE TV MIHI IN SEX MENSIBVS PROXIMIS, QVAM PRO TE DEPENSVM EST, DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM TIBI SESTERTIVM X MILIVM PRO IVDICATO MANVS INICIO. Der gepfändete Reus mußte auch nach der Lex Valeria (Note 42.) einen Vindex, seit Aufhebung der Legis Actionen einen Sponsor iudicatum solvi und einen Vas quanti ea res erit stellen. Sonst wurde die Execution vollstreckt. Er selbst galt nicht mehr als freie und sichere Person. Es stand ihm zwar noch zu, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das fingirte Urtheil einzulegen, wenn er aber darin unterlag, so traf ihn die Succumbenzstrafe des Doppelten.

So trägt Gaius die Sache vor [84]).

---

84) Gai. 3., 127. hoc amplius (außer der Mandatsklage) sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi. 4., 22. lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecu-

Das burgundisch-römische Rechtsbuch weicht in drei Punkten ab. Erstens erweitert es das eigenthümliche Recht des Sponsus auf alle Formen der Intercession, unter andern das Constitutum, die Fidejussio und die privative Intercession. Zweitens spricht es statt einer sechsmonatlichen Frist von einer dreimaligen richterlichen Admonition. Drittens führt es die Verdoppelung auf die Lex Aquilia, statt auf die Publilia zurück [85]). Die Vergleichung des ächten Gaius und der Gundobada läßt keinem Zweifel Raum, daß diese Differenzen theils auf Irrthümern, theils auf absichtlichen Rechtsänderungen beruhen.

Woher nun aber jene genaue Verbindung des Sponsus mit dem Judicat? Wie kam man dazu, das Urtheilsrecht auf die Bürgschaft zu übertragen, während es auf die scheinbar dem Urtheil weit näher verwandten Thatsachen des Compromisses und Geständnisses keine Anwendung leidet?

Mir scheint die Sache so zu stehen.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Vin-

---

niam (sc. pro iudicato manus iniectionem dedit). 4., 25. (Vgl. Note 42.)

85) Lex Rom. Burg. tit. 15. Si quis fideiussor pro quocunque debitore aut per iudicium aut per dictum aut per chirographum delegatus extiterit et constituta die ea quae fide dixit exsolverit et postmodum eum, pro quo solvit, tertio cum notitia iudicis admonuerit, ut summam soluti debiti recipiat et ille semper distulerit, post trinam conventionem dupli redhibitione pro inficiante hoc est negante iure damnabitur secundum legem Aquiliam, quae negantes debitum dupli satisfactione condemnat.

der, welcher einen Verurtheilten oder Vorgeladenen durch seine Intercession von der persönlichen Haft befreit, gegen ihn das Recht der Manus Injectio, der strengen Executivklage hat. Dieß folgt zwar noch nicht aus der Zahlung, die ja ohne Cession der Klage des Gläubigers, die dem alten Recht unbekannt war, dessen Befugnisse auf den Bürgen nicht überträgt. Es liegt aber in der Natur der Redemtion, daß der Redemtor an dem von der Haft befreiten ein persönliches Pfand- und Retentionsrecht hat. Wenigstens bei der Auslösung aus feindlicher Gefangenschaft ist dieses ein anerkannter Rechtssatz [86]).

Nun ist aber dependere ursprünglich der Rechtsact, durch welchen der Vindex den Judicatus aus der Haft des Gläubigers auslöst. Denn dependere ist so viel als per trutinam oder per aes et libram solvere [87]), und eben diese nexi liberatio mußte angewendet werden, um einen Judicatus civilrechtlich, in der umgekehrten Form der Eingehung von seiner Verbindlichkeit zu befreien [88]).

Wenn nun das publilische Gesetz diesen strengen Executivprozeß auf den Sponsus übertrug, aus welchem

86) L. 15. de captivis (49., 15.) quasi iure pignoris finito —. L. 19. §. 9. ius pignoris quod in redempto habet. L. 21. pr. eod. remissum matri pignoris vinculum. Auf diese Analogie weißt auch Huschke, Recht des Nexum S. 241. Note 378. hin.

87) Als das Wägen des Geldes abkam, hieß es freilich bloß zahlen. Plin. XXXIII. 3. et adhuc expensa in rationibus dicuntur item impendia et dependere.

88) Gai. 3., 173. species imaginariae solutionis per aes et libram — genus certis in causis receptum — veluti — sive quid ex iudicati causa debitum sit. Livius 6., 14. läßt den Manlius bei der Auslösung eines Verurtheilten sagen: tum vero ego — nequidquam hac dextra capitolium servaverim, si ci-

bis dahin nur im ordentlichen Verfahren geklagt werden konnte, so geschah dieß nicht, wie Huschke[89]) annimmt, weil der Sponsus eine „publicistische" Bürgschaftsform war, aus welcher der Sponsor per manus iniectionem haftete. Denn nach allen Nachrichten wurde vielmehr mit einer Actio ex sponsu geklagt und ein Judicium und Arbitrium bestellt[90]). Auch ist nicht abzusehen, wie aus der executivischen Verpflichtung des Sponsor gegen den Gläubiger ohne Cession eine gleiche Verpflichtung des Schuldners gegen den Sponsor folgen würde.

Eben so wenig war unter dem Sponsor bloß ein Sponsor iudicatum oder depensum solvi gemeint. Denn als die Lex Publilia erlassen wurde, bestanden die Legis Actionen noch, deren sie selber eine einführte, und so lange die Legis Actionen bestanden, war der Bürge des Judicatus kein Sponsor, sondern ein Vindex.

Vielmehr ist die von der Publilia dem Sponsus verliehene executorische Kraft mit der langen Dauer dieser Bürgschaft zusammen zu denken.

---

vem commilitonemque meum tanquam Gallis victoribus captum in servitutem ac vincula duci videam. Inde rem creditori palam populo solvit libraque et aere liberatum emittit.

89) Huschke S. 111. Note 139. Außerdem führt er noch als Grund der Manus Injectio an, daß die Depensio vor Volkszeugen geschahe. Dagegen behauptet er S. 242. Note 379., daß das Depensum nicht per aes et libram solvirt werden konnte. Beide Behauptungen scheinen sich zu widersprechen.

90) Gellius 4., 4. Varro de ling. lat. 6., 71. Cicero ad Att. 1., 8. Tulliola — tuum munusculum flagitat et me, ut sponsorem, appellat. mihi certius est abiurare, quam dependere. 16., 5. Dazu Huschke über Cicero's Forderung gegen Dolabella, Zeitschrift 14., Num. 2. (1847.)

Wenn der Schuldner volle sechs Monate lang, nachdem seine Sponsoren ihn ausgelöst haben, auf die Rückzahlung warten läßt, so gilt er einem insolventen Schuldner gleich, dessen Güter von den Gläubigern besessen und proscribirt sind, da die zu dieser Maßregel erforderliche Zeit längst verflossen ist.

Daher stellt die Lex Julia municipalis den Schuldner, der sich von seinen Bürgen hat auslösen lassen (pro quo datum depensum est) — natürlich, wenn er diese nach sechs Monaten nicht befriedigt — mit dem zusammen, dessen Vermögen nach dem Edict von den Gläubigern in Besitz genommen und feilgeboten ist (quoius bona — possessa proscriptave sunt erunt) und erklärt beide für unfähig zu Ehrenämtern in den Landstädten [91]).

Daher leistet der mit der actio depensi Belangte eben so wohl Satisdation (propter genus actionis) wie der Decoctor oder der insolvente Schuldner, dessen Vermögen von den Gläubigern in Besitz genommen und proscribirt ist. Denn wenn auch noch nicht allgemein, so gilt er doch den Bürgen gegenüber, die er stecken läßt, nachdem sie ihn auslösten, für eine verdächtige, creditlose Person (Note 42.). Das Object dieser Satisdation ist natürlich der volle Betrag des Depensum, während in den andern Klagen das Vadimonium geringer war. Denn hier sollte dasselbe nach den Bestimmungen der Lex Ju-

91) Lex Iulia municipalis tab. II. p. 113 seqq. Die vollständige Erklärung der Stelle s. bei Huschke, Recht des Nexum S. 139. Note 189.

lia judiciaria 1) niemals, auch wenn das Streitobject die Summe von hunderttausend Sesterzen weit überstieg, den Betrag der Centumviralcompetenz und des Census der ersten Klasse überschritten, 2) nicht über die Hälfte des Streitgegenstandes betragen, und 3) nur dann geleistet werden, wenn der Kläger auf Verlangen des Beklagten einen Eid ablegte, daß er nicht aus bloßer Chicane auf Promission des Vadimoniums überhaupt und insbesondere eines Vadimoniums von dem geforderten Betrage bestehe [92]).

---

92) Gaius 4., 183. si quidem iudicati depensive agetur tanti fiet vadimonium, quanti ea res erit, si vero ex ceteris causis, quanti actor iuraverit non calumniae causa postulare sibi vadimonium promitti, nec tamen (*pluris quam partis dimidiae nec*) pluribus quam sestertium C milibus. itaque si C milium res erit nec iudicati depensive agetur non pluris quam sestertium quinquaginta milium fit vadimonium. Daß diese Bestimmungen der Lex Julia angehören, dürfen wir aus Gellius 14., 2. in rerum — diffissionibus comperendinationibus — ex ipsa lege Iulia commoniti sumus — verglichen mit Macrob. 1., 16. comperendini (dies) quibus vadimonium licet dicere, so wie aus dem augusteischen Census der ersten Klasse (Böckh, metrol. Untersuchungen S. 430.), der zugleich die Centumviralcompetenz (Paul. V. 9. 1.) bildet, entnehmen. Das Maximum der Lex Julia hat seinen Grund in dem alten Grundsatze, daß der Vindex oder Vas, gegen dessen Gestellung der Kläger den ergriffenen Beklagten frei lassen mußte, der Vermögensklasse des Beklagten angehören muß, ausgenommen unter Verwandten. Schon die zwölf Tafeln bestimmten: assiduo vindex assiduus esto, proletario qui volet vindex esto. Ein solcher hieß iustus vas (Paul. ex Festo s. v. iustum vadem idoneum sponsorem). Die Lex Aebutia ließ dieß buchstäblich nur in Centumviralsachen bestehen. Gell. 16., 10. cum proletarii et assidui et vades et subvades evanuerint omnisque illa XII tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium

Wenn man nun aber den Schuldner, der seine Sponsoren stecken läßt, so betrachtete, so folgt von selbst, daß man den Sponsoren mehr als die ordentliche Klage aus dem Auftrag oder der Geschäftsführung einräumen, das heißt, daß man ihnen sofortige Execution wegen des Depensum gewähren und den Hauptschuldner ihnen gegenüber als einen Judicatus behandeln mußte.

Indeß ist dieses Recht der paraten Execution auf die Bürgschaft des Vindex und Sponsor beschränkt geblieben, kein Gesetz, so viel wir wissen, hat den Versuch gemacht, es auf Fidepromissoren auszudehnen, so sehr diese sonst den Sponsoren gleichstehen. Auf die Fidejussio, welche nichts Anderes ist als ein in Stipulationsform gekleideter Creditauftrag, woraus sich auch die Zusammenstellung der Fidejussoren und Mandatoren in den Quellen erklärt, ist es vollends niemals angewandt. Das Recht, einen römischen Bürger, ohne förmliches Urtheil, wie einen Judicatus zu behandeln, war etwas so Eminentes, daß man Bedenken trug, es den Peregrinen zugänglich zu machen, indem man es auf nichtcivile Bürgschaftsformen übertrug.

Daraus erklärt sich denn auch sein Verschwinden im

---

causarum lege Aebutia lata consopita sit. Aber noch das Edict verlangt einen fideiussor pro rei quantitate locuples (d. h. des Reus, nicht der Sache). L. 1—3. in ius (2., 6.). Die Lex Rubria (710.) c. 21. sogar noch einen vindex locuples. Mithin war der reichste Bürge, welchen der Kläger verlangen konnte, ein Assiduus erster Klasse und das höchste Vadimonium der Census dieser Klasse, welcher eben zur Zeit der Lex Julia 100,000 Sesterze betrug.

Justinianischen Recht, welches das ganze Recht des civilen Sponsus paralysirt, indem es von dem Satze ausgeht sponsio appellatur non solum quae per sponsus interrogationem fit sed omnis stipulatio promissioque [93]).

In ihm haben sich nur einzelne zerstreute Spuren der depensi actio des Sponsor erhalten. Unter andern findet sich eine solche in folgenden Worten der

L. 6. §. 7. mandati (17., 1.). (Ulpian.) Marcellus autem sic loquitur de eo, qui pecunia accepta spopondit, ut, siquidem hoc actum est, ut suo periculo sponderet, nulla actione agat: sin vero non hoc actum est utilis ei potius actio competat: quae sententia utilitati rerum consentanea est.

Denn da das Mandat wesentlich unentgeltlich geschieht, so kann die Klage, welche hier dem Sponsor iudicatum solvi zugesprochen wird, welcher sich keiner unstatthaften redemtio litis schuldig gemacht hat, keine andere als die actio depensi seyn, auf welche auch die zweimalige Erwähnung des Sponsus hindeutet.

Allein diese Spuren sind nur durch Versehen der Compilatoren in die Sammlung gekommen.

---

93) L. 7. de V. S. (50., 16.) (Paul. lib. 2. ad edictum.) Vgl. L. 19. §. 2. de aed. ed. (21., 1.) (Ulp. ad ed. aed. cur.) Dictum a promisso sic discernitur. Dictum accipimus quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur: promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum.

Dieß erhellt auch aus der Behandlung einer andern Stelle des Ulpian.

> L. 7. §. 13. de pactis (2., 14.) si paciscar ne iudicati vel incensarum aedium agatur hoc pactum valet.

Der Jurist trägt den Satz vor, daß in den Verdoppelungsfällen, wenn auch kein Transact, jedenfalls ein Erlaß möglich sey, und führt dafür zwei Beläge an: den Fall des Judicats und eine Anwendung des dritten Kapitels der Lex Aquilia: Brandstiftung an einem Hause. Erwägt man, daß es eine specielle actio incensarum aedium gar nicht gab, und wiederum, daß es fast immer die depensi actio ist, welche die alten Juristen mit der iudicati actio zusammen stellen, so gewinnt es einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit, wenn man annimmt, daß der Jurist jene Klage genannt hat und erst die Compilatoren durch eine geflissentliche Interpolation derselben einen noch praktischen Fall der aquilischen substituirten.

Eine Reminiscenz des publilischen Rechts taucht jedoch noch einmal im Novellenrechte auf. Weiter unten wird noch gezeigt werden, daß Vermächtnisse zu milden Zwecken im Läugnungsfalle auf das Doppelte erhöht werden. Dergleichen Vermächtnisse nun müssen nach einer andern Verordnung Justinian's in sechs Monaten erfüllt werden. Dieß könnte aus dem publilischen Gesetze beibehalten seyn. Die Folge der Versäumniß ist natürlich nicht mehr Manus Injectio, sondern Zinsenzahlung [94]).

---

94) Nov. 131. c. 12.

IX. Damnation.

Es giebt Verdoppelungen, welche nicht, wie das Depensum, auf einer Ausdehnung des Urtheilsrechts, sondern auf einer dem Judicat coordinirten Anwendung eines gemeinsamen höhern Gattungsbegriffes beruhen.

Dieß ist der Begriff der damnatio.

Damnare, lehren die Grammatiker, est damno adficere [95]). Die Richtigkeit dieser Erklärung beweist der Genitiv des Objects: capitis, pecuniae, octupli damnare ist damno capitis, pecuniae, octupli adficere [96]).

Aber das Wort enthält zugleich das Moment der rechtmäßigen Rechtsentziehung, des damnum iure datum, im Gegensatz des damnum iniuria datum, der Beschädigung als Rechtsverletzung.

Jene gesetzliche Schmälerung der Rechte nämlich ist eine doppelte: erstlich eine mittelbare, von der richterlichen Gewalt ausgehende, durch das Urtheil vermittelte: das Judicat; zweitens eine unmittelbar von der Staatsgewalt erkannte: die Damnation in engster und eigentlichster Bedeutung.

Dieser Gegensatz wird anerkannt in der Legis Actio durch Manus Injectio pro iudicato.

---

95) Servius ad Aen. 4., 699. Nonius p. 276. (Mercer.)

96) Gellius 20., 1. Cic. Verr. 2., 3. 12. Dieser Genitiv des Objects ist von hier aus auch auf das Judicat und die Abduction übergegangen. Liv. 23., 14. quique pecuniae iudicati in vinculis essent. Lex Rubria c. 21. (Note 70.) T. P. = tantae pecuniae .... sine fraude sua duci iubeto.

Gai. 4., 24. quae actio talis erat, qui agebat, sic dicebat: QVOD TV MIHI IVDICATVS SIVE DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA QVAE DOLO MALO NON SOLVISTI OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVS INICIO.

Der Jurist unterscheidet eine manus iniectio pura oder non pro iudicato und pro iudicato. Die Manus Injectio pro iudicato, welche er hier beschreibt, ist wieder eine doppelte: 1) iudicati mit der Formel quod tu mihi iudicatus es — ob eam rem ego tibi iudicati manus inicio, 2) pro iudicato mit den Worten quod tu mihi damnatus es — ob eam rem tibi pro iudicato manus inicio. Die erstere geht gegen den Verurtheilten, die zweite gegen den sonstigen Damnatus. Die gewöhnliche Erklärung, welche die Worte SIVE DAMNATVS für eine Erläuterung des vorhergehenden IVDICATVS nimmt, hat gegen sich, 1) daß der Concipient nach ihr das bestimmtere iudicatus durch das allgemeinere damnatus erklären würde, 2) nimmt sie einen Pleonasmus an, welcher dem Sextus Aelius fremd ist, endlich 3) übersieht sie, daß Gaius von der strengen Executivklage überhaupt redet. Zwar sagt er am Schluß nicht OB EAM REM EGO TIBI IVDICATI sive PRO IVDICATO MANVM INICIO, wie er genau genommen nach unserer Erklärung sagen müßte. Allein es kommt ihm nur darauf an, den bedingten und unbedingten Mandatsprozeß, wenn der Ausdruck erlaubt ist, nicht die Fälle des letztern von einander zu unterscheiden. In einer neuen Ausgabe müßte IVDICATVS sive DAMNATVS, nicht, wie bisher, IVDICATVS

SIVE DAMNATVS gedruckt werden, da sive ein Wort des Gaius, nicht der Legis Actio ist.

Damnationen ohne Urtheil kamen im altrömischen Recht auf allen Gebieten des ius publicum vor. Das alte ius sacrum geht bei dem Votum von der Vorstellung einer Damnation durch die Gottheit aus, einer Vorstellung, welche bei der Enucleation des Jus vetus natürlich ausgemerzt worden ist[97]). Der alte Criminalprozeß kennt Damnationen durch die Volksgerichte, welche keine reine Urtheile sind. Für den vorliegenden Zweck wird es genügen, unser Augenmerk auf die Damnation durch Rechtsvorschrift, auf das Verhältniß eines lege damnas oder damnatus[98]) zu beschränken.

---

97) Servius, ecl. 5., 80. „damnabis tu quoque votis“ id est cum deus praestare aliqua hominibus coeperis, obnoxios tibi eos facies ad vota solvenda. quae antequam solvantur, obligatos et quasi damnatos homines tenent. Aen. 4., 699. ergo cuiuscunque debiti id est reatus damnatio finem facit. Damnare autem est damno afficere id est debito liberare. ideo, cum vota suscipimus, rei voti dicimur donec consequamur beneficium et donec condemnemur id est promissa solvamus. 5., 37. voti reus debitor, unde vota solventes dicimus absolutos. Macrob. sat. 3., 2. haec vox voti reus propria est sacrorum, ut reus vocetur, qui suscepto voto se numinibus obligat, damnatus autem, qui promissa non solvat. Beispiele: Brisson. de formulis I. c. 168. 169.

98) Valerius Probus: L. E. D. = lege eius (?) damnatus. Mit Unrecht aber wird von Sell §. 13. Note 2. die Lex Rubria c. 21. hierher gezogen. Der Confessus soll nach dieser Stelle behandelt werden, als ob er ex iudiciis datis iudicareve recte iussis iure lege damnatus esset fuisset, d. h. so, wie wenn er durch ein Judicium — also eben nicht durch ein Gesetz — rechtsbeständig (iure lege) condemnirt wäre.

Die ursprüngliche Bedeutung dieser Vorschrift kann nicht zweifelhaft seyn.

Die Volksschlüsse, welche wegen einer Schuld die Damnation aussprachen, ordneten wegen derselben zugleich den strengen Executivprozeß gegen den Schuldner an und umgekehrt. Dafür spricht, daß die Damnation nur wegen Geldschulden, namentlich wegen Geldstrafen, in römischem Kupfergelde vorgeschrieben zu werden pflegte, da nur dergleichen Schulden ohne vorgängiges Liquidationsverfahren executorisch waren. So wird die Lex Furia über den Sponsus, so werden die andern Gesetze, welche nach Gaius (4., 21.) die legis actio per manus iniectionem per iudicato festsetzten, um die verwirkten Bußen einzuziehen, vorher bei der Bestimmung der poena, welche sie als leges minus quam perfectae enthalten mußten, eine Damnation über den Contravenienten ausgesprochen haben.

Dieß änderte sich, als die Lex Valeria den strengen Executivprozeß auf seine natürlichen Gränzen, die Execution eines Urtheils (und das ihm gleichstehende Depensum) zurückführte. Jetzt trat überall, das Gesetz mogte den strengen Executivprozeß, die manus iniectio pura, oder auch nur eine actio vorgeschrieben haben, der ordentliche Prozeß ein. Denn selbst wenn die Lex sofort Manus Injectio angeordnet hatte, konnte der Beklagte sich den Executivmaßregeln widersetzen und auf vorgängiger Erörterung der Sache bestehen.

In diesem Zusammenhange bekommt folgende viel besprochene Pandektenstelle erst ihren rechten Sinn:

L. un. de cond. ex lege (13., 2.). (Paulus lib. 3. ad Plautium.) si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est. Der Ton liegt nicht, wie man gewöhnlich annimmt, auf ex lege, denn aus einem andern Fundament ist hier überhaupt keine Klage denkbar, sondern auf agendum est. Wenn ein neues Gesetz, nach der Lex Valeria, eine Geldobligation constituirt und nicht ausdrücklich Executivmaßregeln vorschreibt, so muß im ordentlichen Prozesse geklagt werden.

Dieses ordentliche Verfahren war nach ursprünglicher Regel der gewöhnliche Prozeß durch Sacramentum. Später, als die moralischen Grundlagen des Verkehrs wankend wurden, führte die Lex Silia eben für Geldschulden ein strengeres Verfahren ein. Diese Klagform war die condictio certae pecuniae [99]).

Der Kläger konnte von dem Beklagten eine sponsio tertiae partis verlangen, aus diesem Versprechen zahlte er, wenn er läugnete und überführt wurde, eine Succumbenzstrafe von $33\frac{1}{3}$ Procent, darin lag wenigstens einiger Ersatz für die mit der manus iniectio pro iudicato weggefallene Infitiationsbuße des Doppelten [100]).

---

99) Die condictio ex lege kann unter Umständen allerdings eine triticaria oder incerti condictio seyn, so die Condiction aus der lex Iulia de adulteriis auf den Werth der durch die Folter getödteten Sclaven. L. 27. §. 15. 16. L. 28. ad l. Iul. de adult. (48., 5.), davon ist aber hier nicht die Rede.

100) Gai. 4., 13. periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere

Diese Sponsion erhielt sich noch, als an die Stelle der gesetzlichen längst obrigkeitliche Klagformen getreten waren. Darum heben noch die römischen Juristen hervor, daß man gegen den Damnatus sich dieser Klage bedienen könne.

> L. 9. §. 1. de reb. cred. (12., 1.). (Ulpian.) competit haec actio (die certi condictio) etiam ex legati causa et ex lege Aquilia.

Daß unter der legati causa nur ein Damnationslegat auf certa pecunia gemeint seyn kann, bedarf keines Beweises. Dieß vorausgesetzt, hat die Zusammenstellung zweier Fälle der Damnation und Litiscrescenz in dieser Stelle den Sinn, daß die Damnation keineswegs wie das Judicat dieß dare oportere aufhebt, daß also durch sie die Condiction nicht ausgeschlossen ist [101]. Denn

---

neget. 171. sponsionem facere permittitur — certae quidem creditae pecuniae tertiae partis. Cicero pro Rosc. conc. 4. 5. nennt dieses Versprechen eine legitimae partis sponsio, ein Beweis, daß es in der Lex Silia selbst vorgeschrieben war. In dieser Sponsion liegt auch die Lösung der Frage nach der Einführung der Condictionen. Gai. 4., 20.: weder die Denunciation noch die dreißigtägige Bedenkzeit des Beklagten bilden das Eigenthümliche der neuen Prozeßart, beides hatte schon die Lex Pinaria im Jahr 282 vorgeschrieben, das Neue liegt in der poena perfidiae debitorum (Gell. 20., 1.), durch welche man zur Zeit des Sittenverfalls den Credit beim Geldverkehr aufrecht zu halten suchte. Die monatlichen Ueberlegungsfristen sind gemeines Recht des Kriegs- und Fehderechts, des Sacramentum, der Judicis Postulatio, sogar der dicae in den Provinzen. Vgl. Vorrede zum Berliner Sommercataloge 1846.

101) Gai. 3., 180. aput veteres scriptum est: Ante litem contestatam dare debitorum oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere

nachdem das damnas esto bedeutungslos geworden war, blieb nur das dare übrig. Die Klage auf dare oportere aber ist eben die certi condictio [102]).

Der ordentliche Prozeß, die condictio ex lege, soll jedoch nach der angeführten Stelle des Paulus nur dann eintreten, wenn das Gesetz keine Abkürzungen des Verfahrens vorgeschrieben hat (nec cautum sit eadem lege, quo genere actionis experiamur), also unter gleichen Beschränkungen, wie ehemals (nach Gaius 4., 13.) das Sacramentum.

Daß nun aber auch in neuern Polizeigesetzen, nach der Lex Valeria, nicht selten ein besonderes Verfahren angeordnet ward, beweist das in den Pandekten dem Gaius Cäsar zugeschriebene, vollständiger aber in den Schriften der Agrimensoren unter der Rubrik Lex Mamilia u. s. w. erhaltene Gesetz über die Landanweisungen und Militaircolonieen unter Caligula, von welchem in einem frühern Aufsatz in dieser Zeitschrift ausführlicher gehandelt ist [103]). Im fünften Kapitel dieses Gesetzes findet sich

---

oportere. Diese Rechtsregel gilt vom Judicat, nicht von der Damnation. Man kann also nicht unbedingt sagen, der damnatus sey indicato loco.

102) Eine andere Erklärung der L. 9. §. 1. de R. C. 12., 1. giebt Savigny, System V., 548. Er bezieht die Aquilia auf einen Fall des zweiten Kapitels. Es wird weiter unten versucht werden, einen andern Zusammenhang dieses zweiten Kapitels nachzuweisen. Ferner auf eine Condictio sine causa neben der Lex Aquilia: diese würde wohl nicht condictio ex lege Aquilia genannt seyn.

103) Rudorff, über die sogenannte lex Mamilia de coloniis, Zeitschrift IX. Num. 12. (1838.)

nämlich folgende Strafbestimmung wegen Verrückung der nach demselben zu setzenden Gränzsteine:

> Lex Mamilia c. 5. = L. 3. pr. de termino moto (47., 21.) si quis adversus ea fecerit, is in terminos singulos quos eiecerit locove moverit sciens dolo malo ss. v. m. n. in publicum eorum, quorum intra fines is ager erit, dare damnas esto.

Der Thäter soll behandelt werden, als wäre er verurtheilt, an die Communalkasse der betreffenden Colonie die Summe von fünftausend Sesterzen zu zahlen. Natürlich wird vorausgesetzt, daß der Thatbestand des Verbrechens feststeht, sonst bedarf es noch einer Ermittelung des Faktischen.

Diese geschieht nach den Pandekten im gewöhnlichen Prozeßwege, also durch ordentliche Klage: eius actionem petitionem, sagt Callistratus in der Relation des Inhalts, ei qui volet, esse iubet. Allein das Gesetz enthielt über den Prozeß noch folgende genauere, von Callistratus, oder wahrscheinlicher von den Compilatoren weggelassene, in der Gesetzessammlung der Agrimensoren aber aufbewahrte Bestimmungen.

> Lex Mamilia c. 5. inque eam rem is que hac lege iudicium dederit testibus publice dumtaxat in res singulas X denuntiandi potestatem facito ita ut e re publica fideque sua videbitur. et si is unde ea pecunia petita erit condemnatus erit, eam pecuniam ab eo deve bonis eius primo quoque die exigito, eiusque pecuniae

quod receptum erit, partem dimidiam ei dato cuius [unius] opera maxime is condemnatus erit, partem dimidiam in publicum redigito.

Die erste dieser merkwürdigen Prozeßvorschriften betrifft die Zahl der Zeugen: um weitläuftige zeitraubende Zeugenverhöre abzuschneiden, sollen höchstens zehn Belastungszeugen vorgeladen werden.

Eine zweite kürzt die Frist der Execution ab. Da der Thäter schon vom Augenblick der That an als ein verurtheilter Verbrecher gilt und auch das Zeugenverhör noch Zeit wegnimmt, so hat er kein tempus iudicati anzusprechen, sondern kann primo quoque die exequirt werden.

Eine dritte Beschleunigung besteht darin, daß die Vollziehung sowohl gegen die Person als gegen das Vermögen (ab eo deve bonis) zulässig ist, da der Verurtheilte in einer Delictsklage auf Freiheit vom Personalarrest keine Ansprüche hat.

Ein viertes wichtiges Privilegium endlich ist, daß die Execution von den Ortsobrigkeiten verfügt werden kann, während nach den allgemeinen, auch in der Lex Rubria angenommenen Grundsätzen die äußerste Gränze der Municipaljurisdiction, das extremum in iurisdictione, in dem Recht der Abführung geständiger Geldschuldner in das Ortsgefängniß (carcer) enthalten ist (Note 71.), die Personalexecution in andern als baaren Geldschulden und die Vermögensexecution dagegen höhern Orts in Rom zu suchen ist (Note 72.), weßhalb der Beklagte versprechen muß, sich dort zu gestellen, wi-

brigenfalls er wegen Widersetzlichkeit gegen die Ortsobrigkeit durch Recuperatoren in eine dem Prozeßobject gleich kommende Geldbuße verurtheilt wird [104]).

Einzelne dieser Beschleunigungen kommen freilich auch im ordentlichen Prozesse hin und wieder vor. Namentlich wird die Beschränkung auf zehn Zeugen sowohl im prätorischen Edict [105]), als in dem von Mommsen ent-

---

104) Auf die Klage wegen Widersetzlichkeit (Dig. 2., 3.) beziehe ich die Schlußworte des 22sten Kapitels der Lex Rubria: quominus in eum, qui ita vadimonium Romam ex decreto eius, qui ibi (nämlich zu Modena u. s. w.) iure dicundo praeerit, non promiserit aut vindicem locupletem ita non dederit, ob eam rem iudicium recuperatorium is qui ibi iuri dicundo praeerit ex hac lege det iudicarique de ea re ibi curet ex h. l. nihil rogatur. Aus dieser Stelle erklärt sich 1) die so oft z. B. noch von Wetzell, Vindicationsprozeß S. 13—18. ganz mißverstandene L. 1. pr. si quis ius dic. (2., 3.). (Ulp. lib. 1. ad edictum.) Omnibus magistratibus non tamen duumviris — concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio. Es ergiebt sich nämlich, daß sie nicht auf höhere, sondern auf Municipalmagistrate, unter diesen aber freilich auf alle Ortsobrigkeiten, nicht bloß auf Duumvirn, sondern auch Präfecten, Quatuorvirn u. s. w. zu beziehen und daher statt non tamen vielmehr non tantum zu lesen ist. 2) Ferner erklärt sich daraus: L. 1. §. 1. eod. is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est, non fecit veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est: ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur. Wie im Text bemerkt ist, bezeichnet extremum in iurisdictione nicht „den Ausgang des Prozesses", sondern das extremste Zwangsmittel der Municipaljurisdiction. Dieß ist das duci iubere, erst wer sich ihm nicht fügt ist ungehorsam, bei der Vindication von Immobilien ist es nicht anwendbar (Gai. 4., 16. 17.), hier enthält also schon die Recusation des Judiciums eine Widerspenstigkeit. Daher die Erwähnung der Vindication einer beweglichen Sache in unserer Stelle.

105) Valerius Probus de notis Rom. in edictis perpetuis:

deckten merkwürdigen Decurionendecret der Colonie Venafrum über die Wasserleitungen dieser Stadt aus dem Augusteischen Zeitalter [106]) neben einem ordentlichen iudicium recuperatorium erwähnt, in welchem doch erst nach geschlossenem Beweisverfahren zur Condemnation geschritten werden soll.

Die Gesammtheit dieser Abkürzungsmittel jedoch

Q. E. R. E. T. P. I. R. D. T. Q — D. T. D. D. P. F. = quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque duntaxat decem denuntiandi potestatem faciam. Vielleicht bezog sich die Stelle auf die Stipulationsklage aus dem Vadimonium, die in manchen Fällen auf quanti res erit ging (Note 90.) und in welcher ein beschleunigtes Verfahren vor Recuperatoren (Gai. 4., 185. recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur) eintrat.

106) Der am besten erhaltene Theil dieses Decrets von Zeile 34—45. ist im Bullettino dell' instituto No. XI. Nov. 1846 abgedruckt. Die hierher gehörige Stelle ist aus einer handschriftlichen Mittheilung entlehnt, die ich der Güte Mommsen's verdanke und in ihren Lücken zu ergänzen versuchen will: Zeile 62. — — eVM. QVI. INTER. CIVES. ET. PEREGRINOS. IVS. DICET. iuDECIVm. (?) (i) dare. eumque. quocum. | (63.) agitur. eo. noMINE. INQVE. EAS. RES. HS. X̄ REDDERE. TESTIBVSQVE. DVMTAXAT. X DENVNtiandi. po | (64.) testatem. esse. PLACET. DVM. RECIPerATORVM. REIECTIO. INTER. EVM. QVI. AGIT. ET. | (65.) EVM. QVOCVM. AGITVR. ITA. FIat. uti. — — — coloNIAE. (?) DE. PVBLICIS. PRIVATIS. (in) EA. DIE. (cibus (?)) | (66.) LICEBIT. OPORTEBIT. Der Magistrat, welcher inter cives et peregrinos Recht spricht, ist natürlich nicht der römische Prätor, sondern der Duumvir oder Präfect der Colonie, welcher Zeile 36. erwähnt ist und auch Zeile 65. ausgefallen seyn wird, da der Einfluß des Magistrats auf das Rejectionsverfahren seit Ende der Republik größer geworden war. Vgl. Cic. Verr. 2., 3. 11. de cohorte mea reiicias inquit.

dürfte schwerlich anderswo als in Straf- und Polizeigesetzen gefunden werden, welche über den Contravenienten von vorn herein ein Verdammungsurtheil aussprechen und die der Vollziehung desselben unumgänglich vorausgehende Erörterung und Vertheidigung in möglichst enge Zeitgränzen einzuschließen bemüht sind.

X. Lex Aquilia.

Vorstehendes sollte dienen, das Verständniß eines, wie es scheint, ziemlich vollständig erhaltenen, aber in seinem Zusammenhange bisher sehr unvollständig erkannten Gesetzes, des aquilischen, anzubahnen.

Die alten Juristen trennen sorgfältig in ihren Commentaren die drei Kapitel des Gesetzes und die aus jedem entspringenden Rechtsmittel: die allgemeine aquilische Klage der Neuern ist ihnen unbekannt[107]. Es scheint räthlich, ihnen auch in diesem Punkte zu folgen.

Das erste Kapitel enthielt nach Gaius zwei Bestimmungen: Erstlich eine Damnation: wer fremde Sclaven oder fremdes Vieh widerrechtlich tödtet, soll behandelt werden, als wäre er verurtheilt, dem Eigenthümer so viel römisches Kupfergeld zu geben, als das getödtete Object im letzten Jahre höchstens werth war. Zweitens die Bestimmung der Klage und des Prozesses, also das genus actionis.

L. 2. ad legem Aquiliam (9., 2.). (Gaius

---

107) L. 11. §. 6. L. 23. §. 8. 10. L. 29. §. 6. L. 30. §. 3. 4. de lege Aquil. (9., 2.). Besonders L. 46. 47. eodem.

lib. 7. ad edictum provinciale.) Lege Aquilia capite primo cavetur: QVI SERVVM SERVAMQVE ALIENVM ALIENAMVE, QVADRVPEDEMVE PECVDEM, INIVRIA OCCIDERIT QVANTI ID IN EO ANNO PLVRIMI FVIT, TANTVM AES DOMINO DARE DAMNAS ESTO. §. 1. Et infra deinde cavetur: ut adversus infitiantem in duplum actio esset.

Daß sich diese cautio über das genus actionis auf das erste Kapitel bezog, ergiebt der ganze Zusammenhang der Stelle des Gaius. Die sorgfältige Ausbildung dieses prozessualischen Punktes erklärt sich theils aus der großen Seltenheit der Tödtung eines Sclaven in der alten guten Zeit — wenigstens hebt Cicero diesen Umstand besonders hervor —[108]) theils aus der Wichtigkeit des Gegenstandes: wie aus dem Verkauf dieser werthvollern Sachen das Doppelte prästirt wird (Num. XIII. XIV.), so war auch das Läugnen der Tödtung in diesem Fall ausdrücklich mit der Strafe des Doppelten bedroht.

Auf die Natur der Klage näher eingehend finden wir uns schon durch die Art der Behandlung dieses Gegenstandes überrascht.

Das Gesetz ordnet nicht die Manus Injectio pro iudicato selbst, sondern nur eine einzelne Folge derselben, die Litiscrescenz an, während z. B. die zwölf Tafeln die Manus Injectio Judicati auf das Genaueste bestimm-

108) Cicero pro Tull. c. 9. de damno iniuria apud maiores nostros lex Aquilia lata est, cum et res et cupiditates minores essent — ut perraro fieret, ut homo occideretur idque nefarium et singulare facinus putaretur.

ten, der Folge des Abläugnens aber, so viel wir wissen, hier nicht gedachten.

Ohne Zweifel muß diese auffallende Erscheinung aus der geschichtlichen Umgebung der Lex Aquilia erklärt werden.

Wie hoch man das Gesetz nach seiner alterthümlichen Ausdrucks- und Berechnungsweise [109]) hinaufrücken mag, es ist jedenfalls eine lex nova im Verhältniß zur Lex Valeria, welche die Manus Injectio pro iudicato auf ihre natürlichen Gränzen zurückführte. Wollte es also den Thäter wie einen Damnatus behandelt wissen und namentlich sein beweiserschwerendes Läugnen möglichst verhüten, so mußte es gleich der Lex Mamilia deßhalb specielle Anordnungen treffen, eine allgemeine Vorschrift würde nicht genügt haben, da eben nach der Lex Valeria gegen jeden, der nicht wirklicher Judicatus war, der ordentliche Prozeß eintreten sollte.

Nächstdem weicht die prozessualische Gestalt, welche die Sache annahm, jenachdem der Beklagte gestand oder läugnete, wesentlich von dem Urtheilsrechte ab.

Die Abläugnung eines Judicats ist ein Rechtsmittel mit eigenthümlichen Fristen, die Infitiation der Tödtung hingegen soll nach der oben angeführten Bestimmung des Gesetzes eine ordentliche actio in duplum begründen.

Auf der andern Seite genügt zur Execution eines

---

109) L. 11. §. 6. ad legem Aquil. (9., 2.) legis autem Aquiliae actio hero competit, hoc est domino. Hier scheint hero der Ausdruck des Gesetzes zu seyn, den erst Gaius in seiner Relation durch domino ersetzt hat. Ist diese Vermuthung richtig, so findet die Bemerkung des Festus s. v. heres apud antiquis pro domino ponebatur auf die Aquilia Anwendung.

Urtheils die einfache Thatsache der Condemnation. In der aquilischen Klage dagegen bedarf es zum Zweck der Verpflichtung auf das Einfache außer der Damnation noch eines Eingeständnisses der That. Ist dieses vor Gericht erfolgt, so geht der Execution nach allgemeinen Grundsätzen nur noch ein Liquidationsverfahren (arbitrium liti aestimandae) voraus [110]). Wenn jedoch der Beklagte bloß den subjectiven Thatbestand (se occidisse) eingeräumt hat, so muß er noch immer mit dem Einwand gehört werden, daß der Thäterschaft ungeachtet eine Tödtung oder der Tod nicht erfolgt sey [111]). Es ist daher jedenfalls ein zu weiter Ausdruck, wenn die neueren Schriftsteller [112]) annehmen, das Bekenntniß

---

110) L. 25. §. 2. ad legem Aquil. (9., 2.). (Ulp.) Notandum quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, iudex non rei iudicandae sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confitentes. Cic. pro Cluent. c. 41. statuitur, aestimationem litium non esse iudicium.

111) L. 23. §. 11. eodem. (Ulpian.) Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse et postea paratus sit ostendere hominem vivum esse, Iulianus scribit, cessare Aquiliam, quamvis confessus sit se occidisse. hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere eum occidisse. ceterum occisum esse hominem a quocunque oportet. L. 25. pr. eodem. Proinde si occisus quidem non sit, mortuus autem sit, magis est, ut non teneatur in mortuo, licet fassus est. Vgl. L. 14. §. 1. de int. in iure (11., 1.). In totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessionem venit, et ius et naturam recipere potest. L. 4. de confessis (42., 2.) si is, cum quo lege Aquilia agitur, confessus est servum occidisse, licet non occiderit, si tamen occisus sit homo, ex confesso tenetur.

112) So Sell S. 181. 182., welcher zwischen dem subjectiven und objectiven Thatbestand nicht unterscheidend in der L. 23.

der That überhebe den Kläger des Beweises des ganzen Klaggrundes.

Daher gestaltet sich auch das Verfahren gegen den Geständigen zu einem Judicium, nämlich der confessoria actio.

So ergeben sich aus dem aquilischen Gesetz zwei Formeln, die eine gegen den Geständigen auf das Einfache, die andere gegen den Läugnenden auf das Doppelte.

Der Widerruf des Geständnisses oder der Verneinung stand wahrscheinlich bis zur Annahme der einen oder andern unter beiden Formeln dem Beklagten offen. Nach der Litiscontestation war ihm nur durch Restitution zu helfen, ohne diese würde im Fall der Verneinung durch nachträgliches Geständniß nur dem Kläger die Beweislast, nicht dem Beklagten die Verurtheilung in das Doppelte erspart werden [113]).

Räumt ein Stellvertreter ein, daß der Dominus der Thäter sey, so wird eine utilis confessoria gegeben, lautet das Geständniß auf den Repräsentanten selbst, so tritt gegen ihn, da das Geständniß formales Recht erzeugt, die directe Confessoria ein, der eigentliche Thäter

---

§. 11. den Satz findet, daß der Kläger durch die actio confessoria der Verpflichtung überhoben sey, seinen Klagegrund (eum occidisse) zu beweisen. Er übersieht, daß der Beklagte sich freiwillig bereit erklärt hatte (paratus sit ostendere) das Leben zu beweisen.

113) L. 9. §. 2. de min. (4., 4.). (Ulp.) sed si, cum ex damno dato confiteri posset, ne dupli teneatur, maluit negare, in hoc solum restituendus erit, ut pro confesso habeatur.

aber bleibt verhaftet, es wäre denn, daß Jener bloß als Defensor des Letzteren aufgetreten wäre und dadurch für ihn gewissermaßen expromittirt hätte [114]).

Die Auffindung des Schlüssels aller dieser Rechtssätze, ich meine die Entdeckung der Conception der verlorenen Formeln, hat unsere Schriftsteller in neuster Zeit vielfach beschäftigt.

Den geringsten Beifall dürfte Sell's [115]) Restitutionsversuch:

> si paret A. Agerium N. Negidio damnum dedisse ex lege Aquilia, quanti ea res erit, in duplum condemna.

erwerben. Abgesehen von der Verwechselung der Parteinamen, würde ein damnum ex lege Aquilia datum gar keine Verurtheilung, geschweige in's Doppelte, nach sich ziehen können. Die Verurtheilung dürfte ferner nicht auf quanti res erit, sondern auf quanti res (in eo anno oder in diebus triginta proximis) fuit gehen [116]).

114) L. 25. §. 1. ad legem Aquiliam (9., 2.). Si procurator aut tutor aut curator aut quivis alius confitetur absentem vulnerasse, confessoria in eos utilis actio danda est. L. 20. pr. de int. in iure (11., 1.) qui confitetur se occidisse vel vulnerasse suo nomine tenetur nec debet impunitum esse delictum eius, qui fecit, propter eum, qui respondit: nisi quasi defensor eius qui admisit vel heredis litem subiit hoc genere: tunc enim in factum exceptione data, summovendus est actor, quia ille negotiorum gestorum vel mandati actione recepturus est, quod praestitit.

115) Sell a. a. O. S. 198.

116) L. 29. §. 8. eodem, Gaius 3., 218., woraus L. 27. §. 5. eodem zu berichtigen ist.

Auf den Unterschied des ersten und dritten Kapitels, des Geständnisses und der Verneinung endlich wird gar keine Rücksicht genommen.

Wesentlich anders construirt Savigny [117]) die Formel der aquilischen Klage. Er denkt sie sich etwa so:

> 1) (Demonstratio) Quod. N. Negidius hominem A. Agerii iniuria occidit 2) (Intentio) si paret N. Negidium ob eam rem A. Agerio damnum decidere oportere 3) (Condemnatio) iudex, quanti is homo in eo anno plurimi fuit tantum aes A. Agerio condemna, si non paret, absolve.

Dieser Conception auf damnum decidere oportere dürfte jedoch entgegenstehen, daß nur in Delictsobligationen aus Furtum und Injurie, nicht aber in Litiscrescenzfällen ein Vergleich mit dem Beschädigten möglich ist: ex his causis, quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest (Num. I.) [118]). Dagegen könnte man freilich anführen, daß in der Rede für den Schauspieler Roscius ein Vergleich in einer aquilischen Klage als vollkommen gültig behandelt wird. Der Fall war folgender. Q. Flavius hatte den Panurgus, einen gemeinschaftlichen Sclaven des Fannius und Roscius, getödtet. Beide verklagen den Flavius mit der aquilischen Klage. Roscius ernennt für diesen Prozeß den Fannius zum Cognitor. Darauf vergleicht sich Roscius mit dem Beklagten. Ge-

---

117) Savigny, System V., 571.
118) Paul. sent. I. 19. 2.

gen ein Grundstück, welches dieser ihm giebt, läßt er die Klage fallen. Dieser Vergleich, sagt Fannius, betraf den ganzen Sclaven, während Roscius behauptete, nur über seinen Antheil transigirt zu haben. Die Möglichkeit des Vergleichs also erkennen beide an, sie streiten nur über seine Gränzen. Allein es ist wohl zu beachten, daß dieser Vergleich erst nach der Litiscontestation eingegangen war. Flavius hatte also die That geläugnet, dadurch war die Sache ungewiß, der Ausgang zweifelhaft geworden, es fehlte nicht mehr an der lis dubia, welche jeder Vergleich voraussetzt. Dieser Fall kann also dem allgemeinen Vergleichsverbot gegenüber nichts beweisen [119]).

Der Wahrheit am nächsten scheint mir Huschke gekommen zu seyn, wenn er die aquilischen Klagen für Condictionen mit folgender Formulirung erklärt: 1) wenn der Beklagte bekannte:

> Quod N. Negidius Stichum servum, cum is A. Agerii ex iure quiritium esset, iniuria se occidisse fassus est, quantam pecuniam ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare oportet, tantam

119) Cicero pro Rosc. conc. c. 11. Panurgum, inquit (Fannius) hunc, servum communem Q. Flavius Tarquiniensis quidam interfecit. in hanc rem, inquit, me cognitorem dedisti. lite contestata, iudicio damni iniuria constituto tu sine me cum Flavio decidisti. Utrum pro dimidia parte an pro tota societate? planius dicam, utrum pro me et te? Pro me potui: exemplo multorum licitum est, iure fecerunt multi: nihil in ea re tibi iniuriae feci. pete tu tuum, exige et aufer quod debetur, suam quisque partem iuris possideat et persequatur.

pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato s. n. p. a.

2) wenn der Beklagte läugnete:

Quod N. Negidius Stichum servum, cum is A. Agerii ex iure quiritium esset, iniuria se occidisse infitiatus est (das Folgende eben so wie in der Confessoria),

in welchen das oportet auf die Vorschriften des Gesetzes über die Höhe der Condemnationssumme, je nachdem der Beklagte eingestand oder läugnete, verwiesen habe [120]).

Für die hier angenommene Condictionennatur spricht nämlich:

1) das Gesetz selbst, welches den Thäter zum dare, nicht zum damnum decidere oportere verpflichtet;

2) die in der Collatio erhaltene Ueberschrift Ulpianus libro XVIII ad edictum sub titulo: si fatebitur iniuria occisum esse in simplum et cum diceret, deren Schluß sich kaum anders als mit Huschke in in simplum ut condiceret verbessern lassen wird [121]).

---

120) Huschke, Zeitschrift 13., S. 31—33. Im Widerspruch damit scheint zu stehen, wenn derselbe Schriftsteller S. 252. wieder von einem Abfindungsquantum redet, welches ebenso, wie wenn der wegen Injurien Beklagte sich die Talion nicht gefallen lassen wollte, Anfangs willkürlich bestimmt, dann aber, um dieser Willkür, unter der die Plebs am meisten leiden mogte, Schranken zu setzen, durch das aquilische Plebiscit fixirt sey. Dieß würde zu einer Formel auf damnum decidere führen, wie die furti actio sie ungeachtet des Doppelten und Vierfachen hat.

121) Collat. 2. 4. und 12. 7. In der letzten Stelle hat zwar die Pithousche, jetzt Berliner, und die Wiener Handschrift

Sie deutet auf zwei Titel des Edicts hin, deren einer die confessorische Klage, der andere die Klage gegen den Läugnenden enthielt, welche der Prätor aus dem aquilischen Gesetz proponirt hatte [122]);

3) die bestimmte Versicherung Ulpian's, daß eine Condiction auch aus der Lex Aquilia entspringe.

Man könnte freilich zweierlei einwenden.

Erstlich: daß Ulpian von der condictio certae pecuniae spreche, obige Formeln aber auf ein Incertum gehen. Allein die condictio incerti ging jedesmal auf dare facere oportere [123]), die Aquilia bloß auf dare. Bei jener Klage hing die Summe von der Bestimmung des Judex ab, in der aquilischen hatte das Gesetz den Betrag durch Hinweisung auf den Tag des letzten Jahrs oder Monats, an welchem die Sache am meisten gegolten hatte, auf das Genaueste bestimmt, ja den Beklagten im voraus darauf verurtheilt, die Summe war also nicht sowohl ungewiß, als unbekannt, der Richter hatte nur noch die damaligen Marktpreise und den sonstigen Schaden zu ermitteln, und entweder auf das Einfache oder Doppelte dieses Preises ohne Rücksicht auf das Af-

---

doceret, die von Vercelli docere, allein dieß ist nur Corruption von dicere oder diceret in der erstern, denn Niemand wird auf den Gedanken kommen, et cum doceret für den Anfang der zweiten Klage gegen den Läugnenden zu erklären.

122) Aus dem Ulpianischen Commentar des erstern Titels ist L. 23. §. 10. 11. und L. 25., aus dem Paulinischen L. 24. 26. ad legem Aquiliam (9., 2.) entlehnt.

123) Savigny, System V. Beilage XIV. Num. XXXIV.

fectionsinteresse [124]) zu schätzen. Der Gegenstand dieses dare war endlich römisches Kupfergeld (aes), so daß nicht einmal, wie bei fremdem Geld [125]) oder andern Sachen, eine eigentliche aestimatio nothwendig war.

Zweitens: daß die Klage aus dem aquilischen Gesetz sonst überall nur Actio genannt, ja daß sie der Condictio geradezu entgegen gesetzt wird [126]), worauf Savigny, wie mir scheint, zu großes Gewicht legt. Denn dieß erklärt sich hinlänglich daraus, daß die aquilische Klage keine Zurückforderung eines in das Vermögen des Andern übergegangenen Gewinns enthält, also keine Condiction im materiellen Sinne ist, sondern nur eine Klage auf dare oportere, also eine condictio certi in formeller Bedeutung [127]), deren Natur überdieß durch die Lex

---

124) L. 33. pr. ad legem Aquil. (9., 2.) §. 10. eod. L. 21. §. 2. eodem.

125) Volusius Maecianus assis distributio 145. victoriatus — peregrinus nummus mercis loco habebatur. Vgl. Note 18. 71.

126) L. 2. §. 3. de priv. del. (47., 1.). Quaesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva an nihilo minus lege Aquilia agi possit. Et scripsit Pomponius agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva.

127) L. 1. pr. de cond. trit. (13., 3.) Gai. 4., 18. 20. 33. 41. 86. Savigny, System V. Beilage XIV. Num. XXXII. Daß Ulpian in L. 9. §. 1. de reb. cred. (12., 1.) eine Condiction in weiterer und formaler Bedeutung, d. h. eine Klage auf dare oportere im Sinn hat, erhellt aus dem folgenden Satz: sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. Die Condiction gegen den Dieb ist ja ebenfalls keine Zurückforderung eines in das Vermögen übergegangenen Gewinns. Daher concurrirt auch die condictio furtiva mit der Vindication, während die Klage aus dem ersten Kapitel der Aquilia ein Surrogat der

und das Edict auf so eigenthümliche Weise bestimmt war, daß die Ausdrücke lege Aquilia agere, legis Aquiliae actio eine bei weitem genauere Bezeichnung ihrer Individualität enthalten, als die bloße Angabe ihres formellen Condictionencharakters.

Wir gehen zum zweiten Kapitel des aquilischen Gesetzes fort.

Während die Compilatoren Ulpian's Erörterung in den Pandekten auf die Worte reducirt haben: huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit[128]), erfahren wir aus Gaius den Inhalt in folgender Weise genauer:

> Gaius 3., 215. Capite secundo in adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur. 216. qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est, sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret, nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur.

Aber noch immer bleibt das Räthsel ungelöst, wie diese Klage gegen den treulosen Abstipulator mitten zwischen die Bestimmungen über die Tödtung von Sclaven und Vieh, über die Beschädigung von Sachen gerieth[129])?

---

durch die Tödtung verlorenen Vindication ist und nur die Klage aus dem dritten mit der Vindication concurrirt.

128) L. 27. §. 4. ad legem Aquiliam (9., 2.). (Ulpianus lib. 18. ad edictum.) §. 12. I. de lege Aquilia (4. 3.) caput secundum legis Aquiliae in usu non est.

129) Huschke, Zeitschrift 13., 267. Schon Cujacius be-

Denn die Erklärung, welche Huschke giebt: das Gesetz beabsichtige eine durchgreifende Gesetzgebung gegen unrechtmäßige Schadenszufügung durch Zerstörung fremder Sachen, nicht bloß der körperlichen, sondern auch der Obligationen, genügt schon deßhalb nicht, weil es die Specialklagen über Baumfrevel und andere besondere Verletzungen bestehen läßt, die es unter Voraussetzung einer so allgemeinen Tendenz nothwendig hätte aufheben müssen.

Alles gewinnt dagegen einen befriedigenden Zusammenhang, wenn wir uns auch dieses Kapitel als eine fortgesetzte Bestimmung der Actio denken, welche schon am Schluß des ersten auf eine eigenthümliche Weise ausgebildet wird.

Es ist bekannt, daß es im Legisactionenprozeß unmöglich war, erst durch die Litiscontestation einen Reus zu substituiren, daß dieses vielmehr schon in der Obligatio selbst geschehen seyn mußte. Niemand konnte in fremdem Namen klagen, wer sich vertreten lassen wollte, konnte nicht erst im Prozeß einen Cognitor geben, er mußte schon bei der Stipulation einen Adstipulator oder Adpromissor (Sponsor) zuziehen, damit dieser, indem er für

---

zog das zweite Kapitel des Gesetzes auf Schadenszufügungen außer körperlichen Verletzungen. Van der Kemp's Dissertation de capite secundo legis Aquiliae seu ad locum Gaii de adstipulatoribus (1829) enthält Nichts als das gewöhnliche Gerede von den geld- und blutdürstigen Patriziern, die auch als Patrone und Adstipulatoren die Plebejer so lange quälten, bis es zur janiculensischen Secession und in deren Gefolge zum aquilischen Gesetz kam.

sich stipulirte oder versprach, später in eigenem Namen klagen oder verklagt werden konnte. Wie bei den Stipulationen und Promissionen überhaupt, finden wir diese Sitte auch bei den Prozeßcautionen, namentlich den stipulationes indiciales, dem Vadimonium und der cautio iudicatum solvi wieder [130]).

Wie nun in dem oben erwähnten aquilischen Prozeß des Fannius und Roscius gegen Flavius, Fannius es war, welcher als Cognitor des Roscius das Vadimonium sich promittiren ließ und sich dann diesem verpflichtete, von dem Erstrittenen die Hälfte herauszubezahlen, wogegen Roscius ihm für seine Mühe bei der Prozeßführung und Abwartung der Termine auch seinerseits eine Entschädigung versprach [131]), so mußte im älteren Prozeß der aquilische Kläger, ja der Kläger überhaupt, den erwählten Repräsentanten — wozu man einen Advocaten oder öffentlichen Redner und Ankläger zu nehmen pflegte [132]) — schon bei der Eingehung des Vadi-

---

130) Cicero pro Quinct. c. 18. Ais esse vadimonium desertum — litterae P. Quintii, testes tot — cum adstipulatore tuo comparabuntur. P. Quinctius hatte das Vadimonium also nicht bloß dem Kläger Sextus Nävius, sondern auch einem Adstipulator des Klägers versprochen.

131) Cicero pro Rosc. conc. c. 13. Quis est huius restipulationis scriptor? testis? arbiter? quis? tu Piso. Tu enim Q. Roscium, pro opera, pro labore, quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset, rogasti, ut Fannio daret HS. CCCIϽϽϽ, hac conditione, ut si quid ille exegisset a Flavio, partem eius dimidiam Roscio dissolveret.

132) Cicero in Pison. c. 9. advocato aut adstipulatore paratiorem. ep. ad. Octav. (cf. Sueton. Octav. 3.) cuius avus fuerit argentarius, adstipulator pater, uterque vero pre-

moniums als Abstipulator zuziehen, damit er bei Versäumniß desselben in eigenem Namen gegen den ausbleibenden Beklagten klagen konnte. Ein solcher Abstipulator war unter Andern L. Cäsulenus, einer der ersten Redner aus der Plebs, welcher in einem aquilischen Prozeß aus dem ersten Kapitel gegen den L. Sabellius auf eigenen Namen, jedoch als Accusator, also in fremder Sache, die Buße des Gesetzes forderte [133].

Wenn nun der Beklagte dem Kläger und seinem Abstipulator ein Vadimonium dahin promittirt hatte, sich nach dreißig Tagen im zweiten Termin wegen Töbtung eines Sclaven zu verantworten, oder in einem folgenden vor dem Judex wieder zu erscheinen, der Abstipulator aber gab den Thäter frei, indem er ihm das Vadimonium durch Acceptilation erließ, so war das Judicium vereitelt, denn auch der Dominus hatte den correalen Anspruch gegen den Beklagten und seine Sponsoren oder Vades verloren.

Gesetzt nun, dieser Erlaß war in betrüglicher Absicht gegen den Dominus geschehen, so haftet der Abstipulator diesem auf quanti res est. Dieß könnte heißen auf

---

carium quaestum fecerit, sed alter usque ad senectutem — alter a pueritia. Vgl. meine Bemerkung zu Puchta, Cursus der Inst. §. II. 156. Note c. III. §. 264. g. §. 277. z.

133) Cicero Brut. c. 34. Atque eodem tempore accusator de plebe fuit L. Caesulenus, quem ego audivi iam senem, cum ab L. Sabellio mulctam lege Aquilia de iustitia (so alle alte Handschriften, die richtige Lesart ist damni iniuria, vgl. Note 106.) petivisset. Non fecissem hominis pene infimi mentionem, nisi iudicarem, qui suspiciosius aut criminosius diceret, audivisse me neminem.

die Summe des Vadimoniums (quantam pecuniam adstipulator in fraudem stipulatoris acceptam fecisset), welche außer dem Fall des Judicatum und Depensum weniger betrug, als das Prozeßobject. Allein in der That heißt es so viel als das Prozeßobject selbst, also, wenn der Beklagte die Tödtung eingestand, das Einfache, wenn er sie läugnete, das Doppelte des höchsten Werthes im letztverflossenen Jahr. Denn in der betrüglichen Acceptilation des Advocaten liegt eine Prävarication (im uneigentlichen Sinn)[134]). Das Princip der Prävarication aber ist, daß den treulosen Anwalt dieselbe Strafe trifft, welche das Gesetz gegen den Thäter verhängt, der durch seine Dazwischenkunft absolvirt ist[135]). Daß dieses Princip auch in den Verdoppelungsfällen angewendet wurde, scheint aus der Verordnung Justinian's hervorzugehen, nach welcher der Richter, wenn er den Beklagten, der seine Handschrift oder den Empfang des Geldes abläugnet und deßhalb das Doppelte zu zahlen hat, nicht auf diesen Betrag verurtheilt, selber die Strafe des Doppelten erleiden soll[136]).

Aber nicht bloß dieselbe Strafe ist es, welche den Adstipulator trifft, auch der nämliche Prozeß, dieselbe Actio wird gegen ihn angewendet.

---

134) L. 1. §. 1. L. 3. §. 2. de praevaricatione (47., 15.).

135) L. 6. de praevaricatione (47., 15.). (Paulus.) Ab imperatore nostro et patre eius rescriptum est, ut in criminibus, quae extra ordinem obiiciuntur, praevaricatores eadem poena adficiantur, qua tenerentur, si ipsi in legem commisissent, qua reus per praevaricationem absolutus est.

136) Nov. 18. c. 8.

Wenn er nämlich die Prävarication läugnet und überführt wird, so haftet er auf das Doppelte. Und dieß eben beweist auf das Deutlichste, daß in diesem zweiten Kapitel des Gesetzes nicht jeder Abstipulator, sondern nur der im aquilischen Prozesse gemeint war. Denn es ist nicht der geringste Grund vorhanden, den Abstipulator, welcher dem Schuldner nur das Einfache erläßt, mit dem Doppelten zu bestrafen und die Abstipulation überhaupt, die sich weder auf ein Judicat, noch auf eine Damnation zurückführen läßt, als einen Litiscrescenzfall zu behandeln.

Aus der im Vorstehenden ausgeführten Beschränkung der Abstipulation auf die Fälle des ersten Kapitels dürfte sich die Einschiebung des zweiten zwischen die Bestimmungen über die Tödtung von Sclaven und andere Schadenszufügungen vollständig erklären.

Damit jedoch diese Erklärung nicht mißverstanden werde, finde ich nöthig, folgende Verwahrung hinzuzufügen. Ich behaupte nämlich nur, daß jene Beschränkung im Sinne des Gesetzgebers lag, und gründe diese Meinung auf die Stellung des Kapitels und den innern Zusammenhang des Rechts der Abstipulation und Prävarication. Dagegen behaupte ich nicht, daß nicht die Interpretation das zweite Kapitel auf die Abstipulation im Prozeß überhaupt bezogen hätte. Ich bin sogar weit davon entfernt, die oben angeführte Stelle des Gaius in dem angenommenen eingeschränkten Sinne erklären zu wollen, obwohl ich seine weitere Auslegung eher einer mangelhaften Auffassung des ihm fern liegenden alten

Gesetzes als einer bewußten und absichtlichen Ausdehnung desselben zuschreiben mögte.

Das Verschwinden des zweiten Kapitels aus dem praktischen Leben begreift sich leicht aus dem durch die Zulassung von Stellvertretern aller Art verminderten Gebrauch der Abstipulation im Prozeß, so daß die oben angeführte Aeußerung in den Pandekten huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit füglich schon dem Ulpian angehören könnte. Denn die beschränkte Anwendung, in welcher Gaius die Abstipulation noch kennt und die sich bis auf Justinian erhalten haben mag, ist jedenfalls keine prozessualische[137]).

Das dritte Kapitel des Gesetzes enthielt, so viel wir wissen, nur die Bestimmung über die abweichende Aestimation bei der Verwundung fremder Sclaven und andern Beschädigungen. Dagegen war die Unterscheidung der confessorischen und infitiatorischen Klage hier nicht wiederholt. Allein die Interpretation verfuhr in dieser Rücksicht wie mit dem Worte plurimi, welches im dritten Kapitel ebenfalls fehlte. Sie nahm an: legis latorem contentum fuisse quod prima parte eo verbo usus esset[138]). Daß die Confessoria auf das

137) Gai. 3., 117. adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur, quod stipulando nihil agimus: adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat: qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi nostro tenetur.

138) Gai. 3., 218.

Einfache beschränkt war, bezweifelt Niemand [139]), es fragt sich nur, ob die Verdoppelung angewendet wurde? Daß dieß in der That geschah, ergiebt sich aus folgenden ganz allgemeinen Aeußerungen:

L. 1. §. 4. de his qui eff. (9., 3.) (Ulpian.) nec adiicitur culpae mentio vel infitiationis (in der Klage wegen Beschädigung durch Herabwerfen) ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exigat.

L. 4. C. de lege Aquilia (3., 35.). (Diocl. et Max.) Contra negantem ex lege Aquilia, si damnum per iniuriam dedisse probetur, dupli procedit condemnatio.

Gai. 3., 215. ea lege adversus inficiantem in duplum agitur.

Die Fassung dieser und ähnlicher Stellen hat übrigens in der spätesten römischen und in der nachrömischen Zeit folgende Mißverständnisse hervorgerufen.

Auf der einen Seite ist angenommen worden, die ganze Regel, daß durch Abläugnung eine Schuld aufs Doppelte wachse, beruhe in allen ihren Anwendungen ausschließend auf dem aquilischen Gesetze. Diese Mißdeutung ist ziemlich allgemein verbreitet, sie findet sich in den Novellen Justinian's [140]), in der Interpreta-

139) L. 24. ad legem Aquil. (9., 2.) L. 20. pr. de interr. in iure (11., 1.) Note 114. reden von der actio de vulnerato servo, also einem Fall des dritten Kapitels.

140) Nov. 18. c. 8. Studium vero malevolentiae, quod fit ab aliquibus necessarium nobis fecit plebis denuo legislationem approbare, quam per quendam suorum protulit tribu-

tion zu Paulus [141]) und im Papian [142]). Die ältern Interpreten nehmen diese Erzählungen für Das, was sie sind: unkritische Relationen einer dem Ursprung des aquilischen Gesetzes fernstehenden Zeit. Bei den neuern Schriftstellern dagegen haben sie großes Glück gemacht. Man hat sie in Verbindung gebracht mit folgender Stelle des Gaius, in welcher man eine wichtige Bestätigung zu finden glaubte:

> Gaius 4., 21. per manus iniectionem aeque de his rebus agebatur de quibus ut ita ageretur lege aq̀lia cautum est velut iudicati XII tabularum.

Aber schon Göschen hat in dieser Stelle mit Recht Aquilia in aliqua verändert. Denn daß die Lex Aquilia die Manus Injectio aus dem Judicat nicht eingeführt hat, beweist der Zusatz velut iudicati XII tabularum. Von dem ähnlichen Fall des Depensum aber wissen wir durch Gaius ebenfalls einen andern Ur-

---

norum et quae Aquiliae nuncupationem ab illo suscepit, secundum quam pro abnegatione duplicibus subdebat exactionibus malevolentes et abnegare tentantes, ubi etiam aliae quaedam actiones ad eundem coaptatae sunt ordinem (ὅπου γε δὴ καὶ ἄλλαι τινὲς ἀγωγαὶ πρὸς τὴν αὐτὴν ὥρμησαν τάξιν). Sed paulatim mutata dementia ablata est quae consuevit iniquorum enutrire malevolentiam.

141) Interpretatio Pauli sent. 1., 19. §. 1. (im Zusammenhang oben S. 298.) quae omnia superius comprehensa secundum legem Aquiliam duplicantur.

142) Lex Rom. Burg. tit. 14. (15.) (von Bürgen) post trinam conventionem dupli redhibitione pro infitiante damnabitur secundum legem Aquiliam quae negantes debitum dupli satisfactione condemnat.

sprung, nämlich aus dem publilischen Gesetze. Auch in der Klage wegen mangelnden Flächenmaßes (actio de modo agri) rührt das Doppelte nicht erst, wie die Interpretatio behauptet, aus der Lex Aquilia, sondern wie Cicero bezeugt, schon aus den zwölf Tafeln her.

Die Wendungen, durch welche unsere Schriftsteller die ganze Litiscrescenz an die Aquilia anknüpfen, sind zum Theil sehr ergötzlich.

So meint Sell (§. 12. 13.): die Aquilia sey zur Ausdehnung des Urtheilsrechts auf das damnum iniuria und Damnationslegat bewogen worden durch die Scenen, welche der janiculensischen Secession im Jahr der Stadt 467 vorangingen und durch das große Interesse der Plebs, ihre von den patrizischen Geldaristokraten gefährdete Testirfreiheit zu befestigen. Diese historische Veranlassung wird S. 49. belegt durch eine Art von Register der — Schläge, welche die Plebejer selbst — nicht etwa ihre Sclaven und Hausthiere — in jenen Zerwürfnissen mit den Patriziern erhalten haben sollen. Unglücklicher Weise beruht die für die Aquilia angenommene Zeitbestimmung bloß auf der Angabe [143]), daß die Aquilia von einem Volkstribunen, also aus der Zeit herrühre, in welcher die Plebs mit den Patriziern in Streit gelebt habe, was man dann, da die beiden ersten Secessionen, die crustuminische vom Jahr 260, und die aventinische unmittelbar nach dem Zwölftafelgesetz über die

143) Theophilus §. 15. I. de lege Aquilia (4., 3.), die Novelle 18. c. 8. Basilikenscholion (Theophilus ed. Reitz p. 930.) und Isidor (V. 15.).

rupitiae, 306, nicht zu passen schienen, auf die dritte, janiculensische, bezogen hat. Allein jene Notiz ist offenbar nur eine Reminiscenz aus Pomponius Erklärung der Plebiscite.

> L. 2. §. 8. de O. I. (1., 2.) evenit, ut plebs in discordiam cum patribus perveniret et secederet sibique iura constitueret, quae iura plebiscita vocantur.

Bei weitem scheinbarer ist Huschke's Ansicht [144]: die Aquilia habe als ein durchgreifendes Gesetz gegen Schadenszufügungen verordnet, daß in dem von ihr eingeführten neuen Falle, wie in den frühern, die sie dann einzeln in einem allgemeinen Kapitel aufzählte, der Läugnende auf das Doppelte haften solle. Gaius habe dieses vierte Kapitel nicht erwähnt, weil es prozessualisch war. Dagegen möge der spätern Zeit durch andere juristische Schriften davon Kunde zugekommen seyn. Da jedoch Huschke selbst die Möglichkeit eines Mißverständnisses zugiebt, so wird es gestattet seyn, diese Hypothese unter Verweisung auf die nachgewiesene Stellung der Infitiationsstrafe und des zweiten Kapitels auf sich beruhen zu lassen.

Ein anderer Irrthum kommt bei den byzantinischen Juristen vor. Er ist dem so eben bemerkten gewissermaßen entgegen gesetzt. Sie beschränken nämlich die Verdoppelung auf die directe aquilische Klage, läugnen sie dagegen, wenigstens theilweise, in den Fällen der utilis

---

144) Zeitschrift 13., 267. 268.

legis Aquiliae actio, obgleich diese vorzüglich in dieser Beziehung als eine Erweiterung der aquilischen Klage betrachtet wird. Indeß ist dieser Irrthum schon in den Basiliken berichtigt.

Basil. 60., 3. 62. Ὁ θρέμματα ἀποκλείσας ἢ λιμῷ διαφθείρας κατέχεται τῷ Ἀκουϊλίῳ ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένῳ· καὶ σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ ὡρισμένος Ἀκουΐλιος τῶν διπλασιαμένων ἐστι. Πολλοὶ γὰρ τῇ ἐναντίᾳ δόξῃ κεκράτηνται τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διατάξεως ἀγνοοῦντες.

Zum Schluß mögen noch die allgemeinen Gränzen der Verdoppelung in den Fällen des damnum iniuria angegeben werden.

Wenn der Anspruch auf Schadensersatz mit einer andern als der aquilischen Klage geltend gemacht wird, so fällt die Unterscheidung zwischen Geständniß und Läugnen hinweg.

Dieß gilt zunächst von der Rei Vindicatio. Angenommen, A. vindicirt vom B. einen Sclaven, der Judex erläßt einen Restitutionsbefehl. Der restituirte Sclav aber ist krank oder verwundet, so wird der Schaden einfach abgeschätzt und überdieß dem Kläger eine richterliche Caution auferlegt, daß er die aquilische Klage nicht auch noch anstellen wolle, um den höhern Werth im letzten Monat und im Fall des Läugnens die Infitiationsstrafe nachzufordern, was er nach allgemeinen Grundsätzen könnte. Verweigert der Kläger diesen Verzicht, so muß der Richter den Beklagten frei sprechen und den Punkt des Schadensersatzes zum besondern Verfahren aussetzen:

L. 13. de R. V. (6., 1.). (Ulpian.) Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta rationem iudex habere debebit. Finge enim debilitatum hominem vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit. Unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae? Et Labeo putat cavere petitorem oportere, lege Aquilia non acturum. Quae sententiae vera est.

L. 14. eodem. (Paulus.) Quod si malit actor potius legis Aquiliae actione uti: absolvendus est possessor. Itaque electio actori danda est: non ut triplum sed duplum consequatur [145]).

Dieselbe Behandlung wird in der Erbschaftsklage angewendet. Nur wird bei der Wahl des Klägers zwischen der Erbschaftsklage und der Aquilia vorausgesetzt, daß die Tödtung oder Beschädigung vor dem Erbschaftsantritt geschah, denn sonst wird nicht mehr der Erbschaft, sondern dem Erben die Aquilia erworben und kann es dem Erben folglich auch nicht gestattet seyn, diesen An-

145) Beide Stellen enthalten in ihrer Verbindung übrigens noch einen bestimmten Beweis, daß auch aus dem dritten Kapitel im Fall des Läugnens aufs Doppelte geklagt wurde, denn von einem Fall dieser Art ist in der ersten die Rede. Vgl. L. 34. de O. et A. (44., 7.). (Paulus.) L. 20. §. 4. L. 36. §. 2. de H. P. (5., 3.)

spruch mit der Erbschaftsklage zu verfolgen, welche bloß die ererbten Ansprüche zusammenfaßt [146]).

Ein ganz anderer Fall ist, wenn der Besitzer der Erbschaft die aquilische Klage angestellt, mit ihr, weil man ihn für den Dominus hielt, das Doppelte erhalten hat und hierauf vom Erben mit der Erbschaftsklage belangt wird. Unter diesen Voraussetzungen muß er dem wahren Erben auch in der Erbschaftsklage das Doppelte herausgeben. Denn hier entscheidet der Grundsatz des S. C. Iuventianum, daß der Besitzer jeden Gewinn und daher auch den Zuwachs der Lex Aquilia dem Kläger ausantworten muß.

Auch in der Erbtheilungsklage erfolgt die Schätzung immer nur auf das Einfache ohne die pönalen Zusätze des aquilischen Gesetzes [147]).

Als Gründe dieser abweichenden Schätzung in der Eigenthums-, Erbschafts- und Erbtheilungsklage führt man 1) die bonae fidei Natur dieser Klagen, 2) die Beschränkung der Litiscrescenz auf das Urtheil und seine Nachbildungen an [148]). Allein das Erstere ist für die Vindication unrichtig, für die Erbschaftsklage im vorjustinianischen Recht wenigstens bestritten. Das Recht der Litiscrescenz aber entscheidet deßhalb nicht, weil derselbe Grundsatz auch auf die Diebesklage angewendet

---

146) L. 13. §. 3. L. 14. 15. pr. ad legem Aquiliam (9., 2.).

147) L. 17. fam. herc. (10., 2.). (Gaius.) Damno commisso ab uno herede conveniens est dicere simpli habendam aestimationem in familiae herciscundae iudicio.

148) So Hell S. 196.

wird, die von Anfang an auf das Doppelte geht[149]). Der wirkliche Grund liegt in den Formeln der Vindication und Erbschaftsklage, welche auch gegen den Läugnenden nur auf das Einfache und die Gegenwart, nicht wie die Aquilia auf das Doppelte und eine nähere oder entferntere Vergangenheit concipirt waren.

In der aquilischen Klage hat sich übrigens das Recht der Litiscrescenz auch in der Justinianischen Compilation am vollständigsten, also überhaupt am längsten erhalten, daher diese Klage vorzugsweise als ein Fall der Duplatio genannt zu werden pflegt. Nur die Ausschließung des Vergleichs ist in Justinian's Rechtsbuch auf das Judicat beschränkt worden.

XI. Damnationslegat.

Die Beschwerlichkeit der aus dem ältesten Recht überlieferten gerichtlichen und öffentlichen Geschäftsformen führte bereits in sehr früher Zeit zu einer Erleichterung des Verkehrs, durch welche es möglich wurde, die Kraft des Gesetzes auf einfache Privatacte zu übertragen. Diese Erleichterung bestand in dem Nexum und Mancipium, d. h. der Eingehung eines Geschäfts in römischem Gelde vor fünf Volkszeugen. Durch Gewohn-

149) L. 16. §. 6. fam. herc. (10., 2.). (Ulpian.) si servus hereditarius propriam rem heredum unius subripuerit — agentem familiae herciscundae consecuturum, ut — litis aestimatio in simplum offeratur. Abweichender Ansicht war jedoch Paulus L. 14. pr. de servo corr. (11., 3.) tantum veniat in hereditatis petitionem, quantum in hanc actionem (nämlich servi corrupti, also das Doppelte).

heitsrecht eingeführt, war diese bequeme Geschäftsform in dem Zwölftafelgesetz CVM NEXVM FACIET MANCIPIVMQVE, VTI LINGVA NVNCVPASSIT, ITA IVS ESTO in dem allgemeinsten und großartigsten Umfange bestätigt.,

Regelmäßig entspringt aus einem Geschäft dieser Art nur ein im ordentlichen Prozeß zu verhandelnder Anspruch. Da jedoch die zwölf Tafeln alle mündlichen Bestimmungen dieses Nexum und Mancipium für gesetzlich (ius) erklärten, so übertrugen sie auch auf die Verabredung einer sofortigen Execution die Kraft einer von der Staatsgewalt ausgegangenen Damnation. Auf diese Weise wurde es möglich, daheim und vor wenigen Zeugen mittelst einer Damnation in einer Lex privata Acte aufzunehmen, welche die volle Kraft einer Damnation durch eine lex publica haben.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß man in dieser Form dem Darlehen und andern Geschäften unter Lebenden Executivkraft beilegen konnte; ein solches Geschäft hieß nexum, das in dieser Weise geliehene Geld nexum aes, im engern Sinne. Nur fehlen uns hier, wegen des frühen Verschwindens dieser executorischen Wirkung, die vollständigen Beweise [150]).

Ausreichender läßt sich der volle Executivcharakter eines letztwilligen Actes, des Damnationslegates, darthun.

Für ein solches würden wir nach allgemeiner Be-

150) Huschke, Zeitschrift 13., S. 263. und meine Darstellung des Nexum zu Puchta's Cursus der Instit. 3., S. 78. bis 85. (1847.)

trachtung jedes Legat erklären müssen, welches dem Erben eine sofort executorische Verpflichtung auflegt. Der Grund und Sitz dieser executorischen Kraft wäre die Verbindung einer Damnation mit der Aes et Libra-Solennität, dem Nexum in weiterer Bedeutung, welches auch die testamenti factio als eine Anwendung unter sich begreift. Als wesentlich würde nach dieser Auffassung der Gebrauch des Wortes damnas esto zu betrachten seyn, mit dieser Clausel würden wir auch das legatum sinendi modo relictum als Damnationslegat gelten lassen, während dem Vermächtniß in der Form heres meus dato, facito, sinito dieser Charakter abgesprochen werden müßte. Zum Beweise dieser Ansicht könnte man den Kunstausdruck damnas esto legatum anführen, der sich zufällig bei einem Grammatiker erhalten hat, vielleicht aber auch bei den Juristen, in früherer Zeit wenigstens, eben so gebräuchlich war, wie do lego legatum für das Vindicationslegat [151]). Selbst die Contrahirung von damnatus in damnas könnte ein Moment für die Bedeutung und regelmäßige Wiederkehr jenes entscheidenden Ausdrucks abzugeben scheinen [152]).

Allein unsere Rechtsquellen liefern ein ganz anderes Resultat, als man nach der Etymologie und ursprüng-

---

151) Agroetius de orthogr. 2271. (Putsch.) unde et in iure damnas esto legatum dicitur, hoc est solvendo esto, quod solvi omnibus modis necesse est, etiamsi res aliena legatur.

152) Servius ad Aen. 12., 727. nam et in iure cum dicitur: damnas esto hoc est damnatus est(o) ut des, hoc est damno te ut des, neque alias libereris.

lichen Bedeutung des legatum per damnationem erwarten mögte. Die classischen Juristen betrachten die Damnation und die Formel damnas esto als völlig gleichgültig. Wenn der Erblasser sagt: heres meus damnas esto sinere, Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere, so entsteht der Damnation ungeachtet nur ein legatum sinendi modo relictum, kein Damnationslegat [153]); umgekehrt hebt die Weglassung der Damnation, der einfache Gebrauch des Wortes dato, dare iubeo, facito u. s. w. den Damnationscharakter nicht auf [154]). Das Wesentliche ist, daß der Erbe zum dare oder facere verpflichtet, nicht, daß er zu irgend einer Leistung verurtheilt wird [155]).

Derselbe scheinbare Widerspruch zeigt sich in den Rechtsmitteln.

Nach allgemeiner Betrachtung erwartet man aus dem Damnationslegat den strengen Executivprozeß mit Manus Injectio pro iudicato nach Ablauf von dreißig Rechtstagen. In der That aber finden wir überall den ordentlichen Prozeß, nur mit folgenden Verschiedenheiten.

Aus dem Legat einer bestimmten Summe römischen Geldes entspringt die condictio certae pecuniae: si paret N. N. sestertium X milia dare oportere mit einer gleichen intentio und condemnatio certa, einer Suc-

---

153) Gaius 2., 209. Ulpian. 24., 5.

154) Gaius 2., 201. sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est.

155) Ulpian. 24., 4.

cumbenzstrafe von 33⅓ Procent und ohne nachfolgendes arbitrium litis aestimandae. (S. 368.)

Ist eine andere bestimmte Sache legirt, so klagt der Legatar mit der condictio triticaria auf Datio, d. h. auf Uebertragung des Eigenthums und Besitzes, jedoch ohne Succumbenzstrafe. Erfolgt die Datio nicht, so schreitet der Richter zur Litisästimation, ermittelt den gegenwärtigen Werth der Sache und verurtheilt den Beklagten auf quanti res est [156]).

Ist endlich etwas Unbestimmtes, z. B. ein Pferd legirt, so ist die Klage die incerti condictio oder ex testamento actio auf quicquid heredem dare facere oportet. Die Klage aus dem Legat ist also völlig gleichartig der Stipulationsklage, der Unterschied liegt nur in der Causa und Demonstratio [157]).

Woher nun dieser auffallende Widerspruch zwischen dem Namen und der demselben so wenig entsprechenden Formel und Wirkung dieses Legats?

---

156) Gaius 2., 204. legatarius in personam agere debet id est intendere heredem (rem) sibi dare oportere et tum heres, si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet, si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit: nam si mancipi rem tantum tradiderit nec mancipaverit, usucapione demum pleno iure fit legatarii.

157) Gaius 2., 213. sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is heres (vel?) tradendo vel mancipando vel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est: et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est: quidquid heredem ex testamento dare facere oportet. Daher der Name ex testamento actio bei Theophil. 2., 20., 2.

Mir scheint hier der Einfluß der Lex Valeria und der Gesetze über die Condictionen eben so unverkennbar wie im aquilischen Recht.

Ich denke mir nämlich die Sache so.

Anfangs wurde aus dem Damnationslegat in der That im strengen Executivprozeß mit Manus Injectio pro iudicato geklagt. Die Möglichkeit dieser Behandlung setzte jedoch zweierlei voraus. Erstlich eine Damnation, das heißt den Gebrauch der Formel damnas esto, daher der stehende Name dieses Legates. Die Formel dato genügt nicht, denn eine Obligatio auf dare oportere ist nicht judicatmäßig. Zweitens eine bestimmte Summe römischen Staatsgeldes (certa pecunia), denn die Legis Actio lautete quod tu mihi — damnatus es sestertium decem milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium pro iudicato manus inicio. Nun aber hob die Lex Valeria, wie in allen Fällen außer Judicat und Depensum, so auch in diesem den strengen Executivprozeß auf. Der Legatar behielt wohl noch die Manus Injectio, allein der Erbe konnte ohne Vindex und cautio iudicatum solvi Einreden vorbringen und sich selbst vertheidigen. Die Manus Injectio blieb also fast bloße Form. Man klagte meist im ordentlichen Prozeß der Personalklagen aus der Lex Silia und Calpurnia, oder seit der Lex Aebutia mit der Formel si paret N. N. dare oportere.

Man würde jedoch sehr irren, wenn man annehmen wollte, daß nun auch die übrigen Folgen der Damnation weggefallen wären, so daß zwischen dem Verfahren

aus einer Darlehns- und dem aus einer Legatsklage gar kein Unterschied mehr bestände. Vielmehr hat sich in der Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Damnation, so wie in der damit unmittelbar zusammenhängenden Ausschließung der indebiti condictio immer noch die Ansicht erhalten, daß dieß Damnationslegat im Grunde doch nicht, wie die Datio, Stipulatio und Expensilatio, ein Entstehungsgrund einer Obligation, sondern ein Urtheil ist, welches nur durch das Rechtsmittel der in duplum revocatio angefochten werden kann, während eine wiederholte Erörterung über Debitum und Indebitum in Form einer Condiction also ohne jene Succumbenzstrafe des Doppelten durch die dem Urtheil gleiche Kraft der Damnation ausgeschlossen ist.

Diese Folgen der Damnation sollen jetzt einzeln betrachtet werden.

Zuerst die Litiscrescenz.

Die nähern Bestimmungen über die Verdoppelung finden sich in

> §. 7. I. de obl. quasi ex contr. (5., 27.) quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta per damnationem cuicunque fuerint legata.

Daraus ergeben sich zwei Voraussetzungen der Litiscrescenz: 1) der Gegenstand des Legats muß bestimmt, 2) die Form desselben muß ein Damnationslegat seyn. Beide Erfordernisse sind in sehr verschiedenem Sinn aufgefaßt worden und fordern daher noch eine nähere Erörterung.

Theophilus giebt zu der angeführten Institutio-

nenstelle folgende Erklärung: *κέρτον δὲ ληγάτον ἐςὶν ἐὰν εἴπω· καταδικάζω σε ὦ κληρονόμε, δοῦναι τῷδε ἑκατὸν νομίσματα. εἰ γὰρ εἴπω· καταδικάζω σε δοῦναι τὰ ἐν κιβωτῷ — ἴγκερτον τὸ λήγατον.* Allein diese Unterscheidung absoluter und relativer Bestimmtheit ist zuverlässig falsch. Wenn ich ein Grundstück kaufe um so viel als ich Geld im Kasten habe, so ist der Kauf gültig, denn ich habe es nur um einen unbekannten, nicht aber um einen unbestimmten Kaufpreis erstanden [158]).

So viel ist zuvörderst gewiß, daß ein facere oder non facere als ein Incertum zu betrachten ist, denn nur darin liegt der Grund, weßhalb bei dem legatum sinendi modo relictum die Verdoppelung nicht eintrat, ungeachtet die Formel damnas esto auch hier vorkam.

Streitig ist nur, ob ein Legat auf dare auch dann als ein certum legatum gilt, wenn es auf eine bestimmte Species oder Quantität, oder nur dann, wenn es auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist. Die erstere Meinung ist neuerdings von Huschke ausführlich vertheidigt worden, welcher von ihr aus die Lücke bei Gaius 4., 9. (S. 297.) durch item quantitatum ergänzt, während Lachmann bei seiner Ausfüllung durch vel pecuniarum von der letztern Ansicht ausgegangen ist.

Für die Ausdehnung der Infitiationsstrafe auf das

---

158) L. 7. §. 1. de C. E. (18., 1.) Huiusmodi emtio — QVANTVM PRETII IN ARCA HABEO valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione, magis enim ignoratur quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est.

Gebiet der condictio triticaria könnten folgende Stellen zu sprechen scheinen.

1) L. 71. §. 2. 3. de leg. 1. (30.). (Ulp. 51. ad edictum)[159]). In pecunia legata confitenti heredi modicum tempus ad solutionem dandum est, nec urgendum ad suscipiendum iudicium quod quidem tempus ex bono et aequo praetorem observare oportet. §. 3. Qui confitetur se quidem debere, iustam autem causam adfert cur utique praestare non possit audiendus est. utputa si aliena res legata sit negetque dominum eam vendere aut immensum pretium eius rei petere adfirmet aut si servum hereditarium neget se debere praestare forte patrem suum vel matrem vel fratres naturales: aequissimum est enim, concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare.

Der Jurist beschreibt das Verfahren des Prätors gegen den geständigen Legatar, jenachdem derselbe die Schuld einer Geldsumme oder einer bestimmten Sache einbekennt, allein von der Infitiation in beiden Fällen sagt er kein Wort.

2) L. 61. ad legem Falc. (35., 2.). (Iavolenus) Alienus fundus tibi legatus est: hunc

159) Das Edict wird hier nach dem Untergang der Legis Actionen zwei ähnliche Formeln verheißen haben, wie sie aus dem aquilischen Gesetz proponirt waren: ein arbitrium litis aestimandae gegen den Geständigen und ein Judicium gegen den Infitiator.

heres cum emere nisi infinito pretio non posset, emit multo pluris quam quanti erat: qua emptione effectum est, ut legatarii ad legem Falcidiam revocarentur. Quaero cum si fundus tanti, quanti revera, emtus esset, legata non fuerant excessura ius legis Falcidiae: an hoc ipso heres institutus partem revocandi a legatariis ius habeat, quod ex voluntate defuncti pluris emerit fundum, quam quanti erat? Respondit: quod amplius heres quam pretium fundi legatario solvit id lege Falcidia imputari non potest: quia negligentia eius nocere legatariis non debet: utpote cum is confitendo veram aestimationem praestare poterat.

A. vermacht dem Z. ein dem B. gehöriges Grundstück. Zum wahren Werthe veranschlagt, verletzt dieses Vermächtniß die Falcidia nicht, allein der Eigenthümer fordert einen weit höhern Preis, der Erbe zahlt diesen und will sich nunmehr durch Abzüge an sämmtlichen Vermächtnissen gegen Verletzung seiner Quart decken. Mit diesem Begehren, sagt der Jurist, ist er deßhalb nicht zu hören, weil er ja nur die Schuld einbekennen konnte, dann wäre ein bloßes arbitrium liti aestimandae angeordnet, der Arbiter hätte den wahren Werth ermittelt und den Erben in diesen verurtheilt. — Auch hieraus folgt noch nicht, daß der Judex, welcher im Fall des Läugnens bestellt werden mußte, auf das Doppelte condemnirt hätte, der Jurist denkt hier gar nicht an die Unterscheidung der Klagen in confitentem und in infi-

tiantem, sondern an die Differenz zwischen dem wahren Werth und dem höhern Kaufpreise.

3) L. 3. de confessis (42., 2.). (Paul.) Iulianus ait, confessum, certum se debere legatum, omnimodo damnandum, etiamsi in rerum natura non fuisset et si iam a natura recessit: (ita tamen ut in aestimationem eius damnetur) quia confessus pro iudicato habetur.

L. 5. eod. (Ulpian.) Qui Stichum se debere confessus est, sive mortuus iam Stichus erat, sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est.

Die natürliche Unmöglichkeit, das Eingestandene zu leisten, ist zwar in der confessorischen Klage aus der Lex Aquilia, nicht aber aus dem Damnationslegat ein Hinderniß der Verurtheilung, die formelle Kraft des Geständnisses unterliegt hier keiner Beschränkung, und dieß gilt auch von certae res, ja es hat fast nur hier einen Sinn, da eine Geldschuld niemals durch Untergang des Objects aufgehoben werden kann. — Allein, daß die confessorische Klage auf Abschätzung des Gestandenen auch bei certae res gegeben wurde, beweist doch in der That nicht, daß die negatorische in gleichem Falle auf das Doppelte concipirt wäre. Denn der Grundsatz confessus pro iudicato habetur kam schon lange vor der Oratio Marci in Anwendungen vor, in welchen an eine Litiscrescenz nicht gedacht wurde [160]). (Note 71.)

160) Lex Rubria c. 22. Diese Stelle übersieht Hollweg.

4) Gaius 3., 174. Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est ut tamen *scilicet*, sicut iudicatus sententia damnatum se esse significat, ita heres iudicio defuncti damnatum se[161]) dicet. de eo tamen tantum potest hoc modo liberari, quod pondere, numero constet et ita si certum sit: quidam et de eo, quod mensura constat, idem existimant.

Bachofen[162]) versteht unter dem quod pondere numero constat nur wägbares und zählbares Geld, Huschke nach der allgemeinen Bedeutung des Ausdrucks und der Entgegensetzung Dessen, quod mensura constat, auch andere Sachen als Geld. Jede dieser Ansichten verkennt das wahre Element der andern. Die erste ist richtig für die frühere Zeit, welche nach der Intention der Han-

---

Versuche S. 269. Vgl. außerdem L. 6. §. 1. de conf. (42., 2.) L. 4. C. de rep. hered. (6., 31.) Paul. II. 1. 5. V. 5a. 4.

161) Huschke Nexum S. 236. ergänzt die Lücke etwas anders: ut tamen scilicet ubi qua de causa alteri damnatam se esse significatur heres illi testamento dare damnatum esse dicat, so daß der Leser zwischen zwei Vorschlägen zu wählen hat. Mir scheint der meinige sich den Zügen der Handschrift enger anzuschließen und Huschke's Einwendungen, daß sententia ohne iudicis anstößig und die Zurückführung des Testamentsfalls auf den des Urtheils unpassend sey, auch iudicium defuncti für testamentum zumal in einer Formel bei Gaius nicht gesagt werde, finde ich durch den Zusammenhang, in welchem das debitum ex iudicati causa unmittelbar voransteht (§. 173. am Ende), im Wesentlichen erledigt.

162) Bachofen, das Nexum, die Nexi und die Lex Petillia (1843) S. 153.

delnden die Formeln bildete, die letztere für die Zeit der classischen Juristen, welche aus den stationär geworde-nen Formeln die Theorie der actus legitimi ableiteten. In den die Sollemnität begleitenden und erklärenden Worten war die Rede von einem primum postremum [163]). Dieses Erste und Letzte war Anfangs eine Waage Kupfergeldes, später, als an die Stelle des gewogenen gezähltes Geld trat, ein erstes und letztes Geldstück; nachdem man einmal diese Abweichung gemacht hatte, ging man wegen der innern Gleichartigkeit aller res quae pondere numero mensura continentur auch zu andern zählbaren und wägbaren Gegenständen fort. Manche wollten sogar meßbare hineinziehen. Nur an dem Erforderniß eines bestimmten Maaßes, Gewichts und Numerus wurde festgehalten, weil ohne diese Bestimmtheit auch ein Erstes und Letztes nicht denkbar wäre. — Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß die Erfordernisse der Nexi Liberatio so eng mit ihrem Wesen und ihrer formellen Natur verwachsen sind, daß daraus für die Infitiationsstrafe nichts gefolgert werden kann.

Versuchen wir bei dem Mangel sicherer und entscheidender Zeugnisse die Frage aus allgemeinen Gesichtspunkten zu beantworten, so müssen wir uns für die Be-

---

163) Gaius 3., 176. QVOD EGO TIBI TOT MILIBVS EO NOMINE VEL EGO IVDICIO DAMNAS SVM, SOLVO LIBEROQVE HOC AERE AENEAQVE LIBRA HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAM, QVAE PERINDE LEGE IVRE OBLIGATVR. (?) Die hierher gehörenden Worte LIBRAM PRIMAM POSTREMAM sind ganz sicher.

schränkung der Infitiationsstrafe auf eine bestimmte Geldsumme erklären.

Abgesehen davon, daß certum bei den Geständnissen und Condictionen von den römischen Juristen für certa pecunia gebraucht wird [164]), mithin certum legatum so viel heißt wie ein Geldlegat, sprechen dafür folgende Gründe.

Die Infitiation ist formell eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Damnation, die Verdoppelung enthält die Strafe für ihren Mißbrauch. Dennoch ist diese Beschwerde keinesweges auf jedes Damnationslegat ausgedehnt worden, vielmehr ist sie auf die Gränzen des Judicats beschränkt geblieben. Der Gegenstand des Judicats aber ist im Formularprozeß bekanntlich immer certa pecunia [165]).

Die entgegengesetzte Meinung, welche Huschke [166]) am gründlichsten vertheidigt hat, scheint mir nicht nur den Zusammenhang zwischen dem Judicat und der Verdoppelung zu verkennen, sondern auch mit sich selbst in

---

164) L. 6. pr. de confessis (42., 2.). (Ulpian.) Certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit. §. 1. Si quis incertum confiteatur vel corpus erit confessus Stichum vel fundum se dare oportere urgeri debet ut certum confiteatur. item is qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur. Dem Judicatus, der auf Geld condemnirt wurde, ist der Confessus nur zu vergleichen, wenn er eine Geldsumme, nicht wenn er ein Haus oder einen Sclaven zu schulden gesteht.

165) Gaius 4., 48. Im Legisactionenprozeß bildeten die Pronuntiatio auf die Sache selbst und die Litis Aestimatio zwei verschiedene Proceduren, von denen aber nur die letzte executorisch und der in duplum revocatio unterworfen war.

166) Huschke, Recht des Nexum 223. 224. Zeitschr. 13., 269.

Widerspruch zu gerathen, wenn sie die Execution nur an Geldforderungen knüpft und dennoch die Infitiationsstrafe auch bei andern certae res gelten läßt, weil der Infitiant eine gewisse Forderung durch sein Läugnen in eine ungewisse verwandle. Denn die Gewißheit, welche durch das Läugnen aufgehoben wird, liegt doch allein in dem Grunde der Forderung, dem Judicat — die Bestimmtheit des Gegenstandes bleibt ja unverändert — das Judicat aber geht eben auf Geld.

Weniger Schwierigkeit macht die zweite Voraussetzung der Verdoppelung (S. 104.), nämlich die Damnation.

Daß darunter Anfangs der Gebrauch des Wortes damnas verstanden wurde, scheint mir ganz unzweifelhaft: es gab eben so wenig eine Manus Injectio: quod te mihi X milia dare oportet als quod tu mihi damnatus es X modios tritici Africi optimi, aus einer Verbindlichkeit zum dare mußte im ordentlichen Prozesse mit einer Condiction geklagt werden [167]).

Dagegen scheint im Formularprozesse das Wort damnas nicht mehr entscheidend, denn das legatum sinendi modo relictum, bei dem es vorkommt, wird nicht verdoppelt und ein Legat mit dem Wort dato gilt den classischen Juristen für ein Damnationslegat. Es entscheidet also lediglich die Bestimmtheit des Objects. Jede Verpflichtung zu einer bestimmten Geldsumme begründet ein Damnationslegat, dessen Abläugnung mit dem Doppelten gestraft wird.

167) Gaius 3., 180. 4., 20. 21.

Nur für die Zeit des Verfalls also kann man Husch-ke's Behauptung[168]), daß auf das Wort damnas Nichts ankomme, beipflichten.

Wir gehen zur condictio indebiti fort.

Die Ausschließung derselben tritt sowohl bei einer partiellen als einer totalen Nichtschuld ein.

> Gaius 2., 283. item quod quisque ex fideicommisso plus debito per errorem solverit repetere potest; ob id quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. idem scilicet iuris est de eo legato quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit.

Aus der Anwendung der Regel auf partielle Nichtschuld erklärt sich zum Theil die Caution wegen der Falcidia.

Wenn nämlich der Erbe mehr an Legaten entrichtet hat, als er ohne Verletzung der Falcidischen Quart zu zahlen vermag, so würde er, selbst wenn er sich in faktischem Irrthum befand, wegen unserer Regel das zu viel Gezahlte nicht zurückfordern können, im Fall einer Unkenntniß der Lex wäre die Condiction ganz ausgeschlossen. Sobald aber der Legatar versprochen hat, den Ueberschuß herauszugeben (quod amplius legatorum nomine ceperit, quam lege Falcidia capere licebit, quanti ea res erit tantam pecuniam dari dolumque malum ab ea re abfuturum), kann er auch auf die Rückzah-

168) Huschke, Zeitschr. 13., 275.

lung des Damnationslegats ex stipulatu belangt werden [169]).

Daß der Bürge des Erben ein irrthümlich bezahltes, nicht schuldiges Legat condiciren kann, versteht sich schon darum von selbst, weil er nicht ex testamento, sondern ex stipulatu haftet [170]).

Aber auch die Condiction eines bereits bezahlten, aber durch ein späteres Testament oder Codicill widerrufenen Damnationslegats [171]) läßt sich auf allgemeine Grundsätze zurückführen: da nämlich die Ademtion in derselben Form geschehen muß wie die Verleihung, so vernichtet sie die Damnation ipso iure, der Legatar hört mithin auf verurtheilt zu seyn, es ist so gut als ob er niemals aus einem Damnationslegat schuldig gewesen wäre.

Bei Fideicommissen hat weder die Litiscrescenz, noch die Ausschließung des Vergleichs und der Condiction jemals gegolten [172]). Daher hätte mit der Gleichstellung beider Vermächtnisse und der Aufhebung der Legatsformen das Recht des Damnationslegats in der

169) L. 1. pr. L. 3. pr. si cui plus (35., 3.). Durch das im Text Bemerkte soll jedoch nicht geläugnet werden, daß nicht auch andere Gründe bei der Aufstellung jener Caution mitgewirkt hätten.

170) L. 38. §. 3. de cond. ind. (12., 6.) Legati satis accepi et cum fideiussor mihi solvisset apparuit indebitum fuisse legatum: posse eum repetere existimavit.

171) Paul. sent. 3., 6. 92. Prolatis codicillis vel alio testamento, quibus ademtum est legatum vel certe rescissum, perperam soluta repetuntur.

172) Gai. 2., 282. item si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur, fideicommissi vero nomine semper in simplum persecutio est.

Compilation verschwinden müssen. In der That ist die Intransigibilität dieses Legats gänzlich ausgetilgt. Dagegen hat sich ein Ueberrest der beiden andern Eigenthümlichkeiten in folgender specieller Anwendung erhalten.

Wenn der Belastete ein Vermächtniß zu milden Zwekken auf Einforderung des Bischofs nicht sofort entrichtet, dergestalt, daß die Hülfe der weltlichen Obrigkeit angegangen werden muß, so soll er das Doppelte bezahlen müssen [173]). Diese Bestimmung wird zwar an die Institiationsstrafen des ältern Rechts angeknüpft, aber auf eine nur äußerliche Weise. Denn ihre Voraussetzung ist gar nicht Abläugnung der Gültigkeit des Vermächtnisses, sondern bloß Verzögerung der Leistung, sie hat also einen ganz ähnlichen Charakter, wie die oben erwähnte Zinsenzahlung nach sechs Monaten [174]). Beide Grundsätze enthalten eine Begünstigung kirchlicher Zwecke, denen man durch unsere Strafdrohung gegen die Erben oder Testamentsexecutoren um so schleuniger zum Besitz des ihnen Hinterlassenen verhelfen wollte [175]). Daher

173) L. 46. §. 7. C. de ep. et cler. (1., 3.) *εἰ γὰρ ἐν τοῖς παλαιοῖς ἦν τινὰ θέματα, ἐφ᾽ ὧν ἐξ ἀρνήσεως διπλάσια τὰ τῆς καταδίκης ἐπείγετο.*

174) L. 46. §. 7. C. de ep. et cler. (1., 3.) *εἶτα διαναβάλλοιντο, ὡς καὶ τῶν ἀρχόντων εἰσπράξεως δεηθῆναι — τοὺς μηδ᾽ ἑκόντας ποιήσαντας ἀλλὰ καὶ χρόνον ἀναμείναντας καὶ ὕστερον ὀχληθέντας παρὰ τῶν θεοφιλεστάτων ἐπισκόπων, εἶτα μηδὲ τούτοις εὐθὺς εἴξαντας, δεηθέντας δὲ καὶ τῆς ἀρχικῆς ὀχλήσεως —.*

175) L. 46. §. 7. C. cit. *ὅπως δ᾽ ἂν ἔτι μείζονι φόβῳ κατασχεθέντες οἱ κληρονόμοι τῶν τελεύτωντων ἢ οἱ ταῖς τοιούταις ὅλως ἄγεσθαι πράξεσι βεβαρύμενοι μὴ τὴν τούτων ποίησιν διαναβάλλοιντο.*

fällt auch die Beschränkung auf bestimmte Geldlegate hinweg. Auf diesen speciellen Fall wurde nun auch die Ausschließung der condictio indebiti bei Vermächtnissen beschränkt, so daß diese Bestimmung im Justinianischen Recht von ihrem ursprünglichen Zusammenhange völlig abgelöst und in eine reine Begünstigung der Kirchen und milden Stiftungen verwandelt ist, denen man selbst nicht schuldige Vermächtnisse, sobald sie einmal entrichtet waren, nicht wieder entziehen wollte.

> §. 7. I. de obl. quae quasi ex contractu nascuntur. (3., 28.) nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, huius modi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc praebuit, sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis, quae sacrosanctis ecclesiis et ceteris venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quae, si indebita solvantur, non repetuntur.

XII. Klage wegen fehlenden Ackermaßes.

In allen bis jetzt erörterten Klagen ließ sich das eigenthümliche Recht der Verdoppelung, der Condiction und des Vergleichs vollständig aus den Regeln über die Rechtskraft und die Rechtsmittel erklären, so daß es unter andern bei dem Geständniß bloß deßhalb nicht zur Anwendung kam, weil hier das Rechtsmittel der in du-

plum revocatio fehlte und rücksichtlich des Irrthums das Recht der Verträge galt.

Nun aber soll nach der Behauptung Mancher jenes Recht in einer Anzahl anderer Fälle ohne alle Beziehung auf ein wirkliches oder fingirtes Urtheil in erster Instanz zur Anwendung gebracht seyn.

Diese Behauptung bedarf noch einer nähern Untersuchung, da, wenn sie sich als begründet ausweist, ein anderes leitendes Princip der Litiscrescenz als die Condemnation aufgesucht werden muß.

Drei Klagen, in welchen man diese Anwendung behauptet hat, entspringen aus dem Kauf, die vierte aus dem Depositum.

Jenen gehört vor allen die Klage wegen falschen Landmaßes, die actio de modo agri, an. Für die Anwendung unserer Rechtsregeln auf diese Klage werden folgende, auf den ersten Blick nicht unscheinbare Beweise angeführt:

1) Paullus. I., 19. 1. (im Zusammenhang oben S. 298.) quaedam actiones si a reo infitentur duplantur, velut iudicati — item de modo agri cum a venditore emtor deceptus est.

2) Paul. sent. II., 17. 4. distracto fundo, si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est, officio iudicis aestimatione facta convenitur.

Dazu kommt noch ein allgemeineres älteres Zeugniß von großer Wichtigkeit:

3) Cicero de officiis 3., 16. Ac de iure

quidem praediorum sancitum est apud nos iure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, a iure consultis etiam reticentiae poena est constituta. Quicquid enim esset in praedio vitii id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. (cf. c. 14.) — Nec vero in praediis solum ius civile — malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione fraus venditoris omnis excluditur: qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis praestat edicto aedilium. (cf. L. 1. §. 2. de aed. ed. 21., 1.)

Mit der Klage selbst hat es folgende Bewandniß.

Bei der Verpachtung oder dem Verkauf eines Landguts pflegt der Verpachter oder Verkäufer das Flächenmaß entweder des Guts im Ganzen oder der einzelnen Culturen (Aecker, Wiesen, Weiden, Waldungen) anzugeben [176]).

Wenn nun über die Lieferung dieses versprochenen

176) Beispiele: Hygin. de cond. agrorum p. 132., 11—23. (Lachm. et Rudorff) solent vero modum quidam in locationibus agrorum comprehendae atque ita cavere FVNDVM ILLVM IVGERA TOT IN SINGVLIS IVGERIBVS TANTVM — item quidam vendentes ementesque soliti sunt modum cautione complecti lege Frontin. lib. 2. de controv. p. 45., 20. si aliqua venditionis exceptus (aufgenommen, nicht ausgenommen) sit modus. L. 40. de C. E. (18., 1.) L. 43. pr. de pign. act. (13., 7.)

Maßes Streit entsteht und der in dieser controversia de modo zugezogene Feldmesser entscheidet, daß der Verkäufer seine Zusage in Ansehung des Maßes nicht vollständig erfüllt habe, so hat der Käufer die Klage aus dem Kauf auf Nachlieferung des Fehlenden oder Prästation des Interesse [177]).

Da nun die Formel der Kaufklage nichts weiter enthält als die bekannte unbestimmte Demonstratio, Intentio und Condemnatio: Quod A. A. de N. N. fundum Sempronianum q. d. a. emit, quicquid ob eam rem N. N. A°. A°. dare facere oportet ex fide bona eius iudex N. N. A°. A°. condemna s. n. p. a., so folgt, daß die Litis Aestimation ganz auf dem Officium Judicis beruht, wie dieses auch Paulus in der zweiten unter den angeführten Stellen ausdrücklich hervorhebt.

---

177) L. 2. pr. de A. E. V. (19., 1.). (Paulus.) Si in emtione modus dictus est et non praestatur, ex empto est actio. L. 5. §. 1. si mensor (11., 6.). Si, cum falsus modus renuntiatus esset, emtor cum venditore ex empto egisset: agere poterit etiam cum mensore. Sed si nihil eius interest, condemnari mensorem non oportet. Quodsi non de toto modo, qui deerat, cum venditore egerit sed de minore: consequenter scribit Pomponius, de residuo cum mensore agi posse. A. verkauft an Z. ein Landgut von angeblich 200 Morgen, bei einer zweiten Vermessung findet sich, daß Z. 10 Morgen zu wenig erhalten hat. Unstreitig kann Z. wegen dieser fehlenden 10 Morgen aus dem Kauf auf Ablieferung klagen. Indeß kann es seyn, daß die Kaufklage bereits aus einem andern Grunde angestellt und durch Litiscontestation consumirt ist. Jetzt hat er die subsidiäre Klage gegen den ersten Feldmesser wegen unrichtiger Vermessung. Diese Klage geht auf das Interesse. Hat er also mit der Kaufklage das Interesse erhalten, so fällt sie ganz, hat er es zum Theil bekommen, so fällt sie so weit hinweg.

Die Jurisprudenz entwickelte jedoch aus der Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses folgende, das Officium Judicis beschränkende Schätzungsregeln:

Erstlich: Ist bloß das Maß angegeben und es fehlt an dessen Vollständigkeit, so kann bei der Abschätzung nur der Flächengehalt, nicht die Bonität des Bodens in Betracht gezogen werden. Die Aestimation geschieht mithin so, daß vor Allem die fehlenden Jucherte ermittelt werden: dabei kann der Verkäufer mancherlei günstige Vorbehalte gemacht haben, z. B. die Nachmessung muß in einer bestimmten Frist geschehen [178]), die öffentlichen Wege und kirchlichen Grundstücke sollen mitzählen: dergleichen leges venditioni dictae müssen natürlich vom Arbiter beachtet werden. Ist die Anzahl der fehlenden Jucherte festgestellt, so geschieht die Schätzung juchertweise (pro numero iugerum auctor obligatus est) [179]). Der Preis jedes Juchert kann bei dem Verkaufe im voraus bestimmt seyn, im entgegengesetzten Fall muß derselbe vermittelst einer Division der Aversionalkaufsumme durch die versprochene Morgenzahl berechnet werden [180]).

Zweitens: Wenn außer der Zahl auch die Qualität

178) L. 40. pr. de C. E. (18., 1.) (Paulus) führt die Lex an: ut emtor in diebus XXX proximis fundum metiretur et de modo renuntiaret, et si ante eum diem non renuntiasset, ut venditoris fides secuta esset.

179) L. 4. §. 1. de A. E. V. (19., 1.). (Paulus.) pro numero iugerum auctor obligatus est, quia ubi modus minor invenitur, non potest aestimari bonitas loci, qui non extat.

180) L. 69. §. 5. de evict. (21., 2.). (Scaevola.) fundo vendito cum modus pronuntiatus deest, sumitur portio ex pretio: quod totum colligendum est ex omnibus iugeribus dictis.

des Ackers angegeben ist, so erfolgt die Schätzung zugleich nach der Bonität des an dem versprochenen Maße Fehlenden (pro bonitate loci fit aestimatio)[181]). Der Verkäufer, welcher ein Gut von hundert Morgen zugesagt und geliefert hat, ist also noch nicht liberirt, wenn er zugleich eine bestimmte Qualität von Land versprochen und diese Zusage nicht erfüllt hat, selbst wenn er von einer andern so viel mehr gegeben hätte, daß das versprochene Gesammtmaß herauskommt[182]).

Inwiefern jedoch der Käufer durch diese ungenaue Erfüllung der Zusage keinen Schaden leidet, sondern vielleicht sogar davon Vortheil hat, würde er einen Dolus begehen, wenn er auf der buchstäblichen Erfüllung des Contracts bestehen wollte. Gesetzt also, der Verkäufer verspricht zwei Landgüter, eines zu hundert, das andere zu zweihundert Juchert, oder auch bei dem Verkauf eines Landgutes hundert Juchert Wald, zweihundert Weinberge, bei der Nachmessung ergiebt sich aber, daß statt des versprochenen Areals neunzig, bezüglich zweihundert und zehn Morgen geliefert sind, so ist Beides zu boni-

---

181) L. 4. §. 1. cit. de A. E. V. (19., 1.). (Paulus.) sed non solum, si modus agri totius minor est agi cum venditore potest, sed etiam de partibus eius: utputa si dictum est VINEAE IVGERA TOT esse vel OLIVETI et minus inveniatur. ideoque his casibus pro bonitate loci fit aestimatio.

182) L. 22. de A. E. V. (19., 1.). (Iulian.) si in qualitate fundi venditor mentitus est, non in modo eius: tamen tenetur emtori: pone dixisse eum quinquaginta iugera esse vineae et quinquaginta prati et in vinea minus in prato plus inveniri, esse tamen omnia centum iugera.

tiren, und wenn sich nach Abzug des Schadens vom Vortheil ergiebt, daß der Kläger sogar noch einen Gewinn macht, so ist die Klage abzuweisen [183]).

Die bisher aufgestellten Regeln über die Schätzung bezogen sich auf den Kauf und gehören mithin schon dem Jus Gentium an.

Einen andern Maßstab hatte das Zwölftafelgesetz CVM NEXVM FACIET MANCIPIVMQVE VTI LINGVA NVNCVPASSIT ITA IVS ESTO für das civile Nexum und Mancipium vorgeschrieben.

Aus diesem Gesetze leitet Cicero in der oben abgedruckten Stelle zwei wichtige Regeln für die Mancipation und Gewährleistung italischer Grundstücke ab.

Erstlich: Jede Eigenschaft des Grundstücks, welche der Auctor vor offener Bürgerversammlung mündlich und ausdrücklich zugesagt hat, muß er in der Art vertreten, daß er, wenn die Behauptung sich als falsch ausweist, auf das Doppelte belangt werden kann.

Zweitens: Dagegen haftet der Verkäufer für das nicht ausdrücklich Versprochene gar nicht. Also für die Belastung des verkauften Grundstücks mit Servituten nur dann, wenn er in der Lex Mancipii ein unbelaste-

---

183) L. 42. de A. E. V. (19., 1.). (Paulus.) Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit potest dubitari. utique si exiguus modus silvae desit et plus in vineis habeat, quam repromissum sit an non facit dolo, qui iure perpetuo utitur? — — — Sed rectius est — lucrum cum damno compensari et si quid deest emtori sive pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri.

tes, servitutfreies Grundstück einen fundus liber oder optimus maximus zu gewähren verheißt [184]).

Dieß gilt jedoch nur von der Klage aus den zwölf Tafeln auf das Doppelte, nicht von der actio emti auf das Einfache.

Diese ist bonae fidei, mit ihr also kann der Verkäufer auch wegen wissentlicher Reticenz belangt werden, da er durch diese einen Dolus begeht, den er im Arbitrium zu prästiren hat.

Zwei Rechtsfälle, die Cicero anführt, dienen zur Bestätigung des Gesagten.

Claudius Centumalus besaß auf dem Concius ein Haus, das den öffentlichen Auspicien, welche die Augurn von der Burg aus zu nehmen hatten, durch seine Höhe hinderlich war. Das Augurncollegium ließ ihm anbefehlen, es abzutragen. Sofort verkauft er das Gebäude an den P. Calpurnius Lanarius, ohne jener operis nunciatio, durch welche das Gebäude vitios wurde, in der Lex Proscriptionis zu gedenken. Nach der Uebergabe erhält der Käufer von dem Augurncollegium denselben Befehl. Dieser, nachdem er erfahren hat, der Verkauf sey geschehen, nachdem der Verkäufer zur Demolition aufgefordert war, verklagte denselben mit der actio empti, und M. Cato, der in diesem Prozesse Arbiter

184) L. 48. 75. de evict. (21., 2.) L. 59. de C. E. (18., 1.) L. 61. de aed. ed. (21., 1.) L. 20. §. 1. de A. R. D. (41., 1.) L. 126. 169. de V. S. (50., 16.) Siculus Flaccus 146., 19. (Lachm.), der aber die Worte VTI OPTIMVS MAXIMVSQVE EST unrichtig auslegt. Brisson. de formulis VI., 28.

war, entschied, der Beklagte habe dem Kläger den Schaden zu erstatten, da er den Mangel gekannt und beim öffentlichen Aufgebot des Hauses verschwiegen habe[185]).

Der zweite Fall betraf das Haus des M. Gratidianus. Dieses Haus war mit einer Servitut belastet. Ohne diese in der Lex Mancipii zu erwähnen, verkauft Gratidianus das Haus an den C. Sergius Aurata. Dieser klagt mit der actio emti und beruft sich auf die Reticenz gegen besseres Wissen. Der Anwalt des Beklagten excipirte jedoch, es habe der Anzeige nicht bedurft, da dem Käufer der Mangel ebenfalls bekannt gewesen sey. Der Entscheidung gedenkt Cicero nicht[186]).

Wir lassen diese Bestimmungen über die non dicta auf sich beruhen und bleiben bei den Regeln über die lingua nuncupata, oder, nach dem spätern Sprachgebrauch, die dicta promissaque[187]), stehen.

---

185) Cicero de off. 3., 16. arbitrum — adegit quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. — M. Cato — iudex ita pronuntiavit: cum in venundando rem eam scisset et non pronuntiasset emtori damnum praestari oportere. igitur ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emtori vitium, quod nosset venditor. Valerius Maximus 8., 2. §. 1.

186) Cicero de or. I. 39. cum enim M. Marius Gratidianus aedes Oratae vendidisset, neque servire quandem earum aedium partem in mancipii lege dixisset, defendebamus, quidquid esset incommodi in mancipio, si id venditor scisset, neque declarasset, praestare debere. Vgl. Cicero de off. 3., 16., wo noch Antoninus' Erklärung erwähnt wird: quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici, nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset teneret.

187) L. 19. §. 2. de aed. ed. (21., 1.) Dictum accipimus quod verbo tenus pronuntiatum est modoque sermone finitur:

Drei Punkte sind hier in neuester Zeit bestritten worden: der Umfang der Regel, ihre Wirkung und das Verfahren.

Den Umfang der Regel will Huschke [188]) auf eine einzige Eigenschaft der Sache beschränken: die zugesicherte Größe eines Grundstücks.

Der Verkäufer, sagt er, gewährleiste nur das Eigenthum, für den Eigenthumsübergang aber seyen *alle* sonstigen Eigenschaften, z. B. die Qualität des Bodens, die Größe einer beweglichen res mancipi, die Gesundheit eines Sclaven, eben so gleichgültig, wie für die Vindication. Nur mit der Größe der Grundstücke verhalte es sich anders. Die einzelnen Jucherte seyen integrirende Theile des Grundstücks, folglich fehle ein integrirender Theil des Eigenthums, wenn das *mancipirte* Grundstück das in der Lex Mancipii *zugesicherte* Maß nicht halte. Cicero (Nro. 3.) wolle bloß den Gegensatz zwischen dem Gesetz und dem ius civile hervorheben, daß nach jenem bloß wegen des *Verlautbarten*, nach diesem auch wegen des Verschwiegenen *eine* Klage zustehe. Damit sey er in seinem Rechte gewesen, wenn auch nur in einer einzigen Anwendung, nämlich in Ansehung der Größe (wegen deren allein die Strafe des Doppelten bezeugt und der Natur der Sache gemäß *sey*), die Nuncupation den Käufer wegen der nachtheiligen Beschaffenheit der Sache gesichert hätte.

Promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem, vel ad sponsum.

188) Huschke, Recht des Nexum S. 174.

Allein es entscheidet hier nicht sowohl der Gegensatz, in welchem Cicero das Zwölftafelgesetz anführt, als das Gesetz selbst. Nach diesem aber hat der Verkäufer für alle dicta promissaque zu haften, da die allgemeinere Anwendung, sogar auf Testamente, nicht zu bezweifeln ist[189]. In der That bezeugen denn auch die Quellen, daß der Auctor auch wegen anderer dicta und promissa aus der Mancipation ohne Weiteres auf das Doppelte haftete, z. B. wenn er die Gesundheit und Rechtlichkeit eines Sclaven in der Lex Mancipii zugesagt[190], oder

---

189) Cicero pro Caec. 23. (vom Streit zwischen Jus und Aequitas) si — summo iure contenditur — tum illud quod dicitur VTI LINGVA NVNCVPASSIT irrident. de or. I. 57. (von der Anfechtung eines Testaments durch einen Notherben) tu lapides — flere ac lamentari coegisses, ut totum illud: VTI LINGVA NVNCVPASSIT non in XII tabulis — sed in magistri carmine scriptum videretur. Varro de lingua lat. V. 9. (von der Verlautbarung des Kaufgeldes in der Lex Mancipii) nuncupare nominare valet in legibus (sc. mancipiorum) ubi nuncupatae pecuniae sunt scriptae. L. 48. de pact. (2. 14.) Gaius 3. ad legem XII tab. in traditionibus rerum quodcunque pactum sit id valere manifestissimum est. (Auch diese Stelle nämlich beschränkt sich ursprünglich gewiß nicht auf die diplomata vacualia, sondern ist erst von den Compilatoren auf die Tradition umgedeutet.)

190) Varro de re rust. 2, 10. in horum (servorum) emtione solet accedere peculium, aut, si excipiet, stipulatio intercedere, sanum eum esse, furtis noxisque solutum, aut si mancipio non datur, dupla promitti, aut si ita pacti simpla. Man darf nämlich die Worte si mancipio non datur nicht mit Huschke, Nexum S. 201. Note 318. für ein Stück der Stipulation nehmen, die wir aus Urkunden (Spangenberg tab. neg. 1822. p. 261.) kennen. Es sind Worte Varro's, in welchen die Voraussetzungen, nicht die Formel der stipulatio duplae, angegeben werden.

die Qualität des Bodens in bestimmter Achtung garantirt hatte. Von der letztern spricht Julian (Note 182.) sogar ganz in denselben Ausdrücken, in welchen Paulus des falschen Maßes gedenkt.

Die Wirkung der Infitiation in Ansehung des Ackermaßes denkt sich Huschke[191]) als eine eigentliche Litiscrescenz.

Dafür könnte mit einigem Schein angeführt werden, daß Paulus die actio de modo agri unter die Klagen stellt, welche, wenn der Beklagte im Prozeß läugnet, verdoppelt werden (S. 298. 418.) und unmittelbar darauf die Unzulässigkeit des Vergleichs in den Litiscrescenzfällen vorträgt.

Dieser Schein ist aber gewiß erst durch Weglassun der Zwischensätze entstanden, denn die eigenen Ausdrüc des Paulus in der zweiten oben angeführten Stel beweisen, daß er unter diesem de modo mentiri od infitiari durchaus nicht erst das gerichtliche Abläugn des Versprechens eines bestimmten Ackermaßes oder d Verkürzung versteht. Sondern schon in der Distractio eines Maßes, welches nachher nicht geliefert wird, sch in der falschen Lex Mancipii, durch welche der Verkä fer vor einer das Volk vorstellenden feierlichen Versam lung den Käufer und den öffentlichen Glauben zu v letzen sich nicht entblödet, ist die Infitiation enthalte Wie aber diese Infitiation keine förmliche gerichtlic Verneinung, sondern nur einen materiellen Betrug u

191) Huschke Zeitschrift 13. S. 272. 273.

falschem Maße erhält, so ist die actio de modo agri als Strafe dieses Treubruchs eine von vorn herein auf das Doppelte gerichtete, nicht erst durch Ablängnung auf diesen Betrag anwachsende Klage.

Dieß ist nicht nur den Quellen [192]), sondern auch der Natur der Sache vollkommen gemäß. Denn warum sollte der Verkäufer, welcher statt der versprochenen zwölf nur zehn Morgen abgeliefert hat, wegen der Differenz nicht mit dem Käufer transigiren, oder umgekehrt den Mehrbetrag condiciren können? Etwa, weil er als Judicatus gilt? Das ist nirgends gesagt.

Ist aber die actio de modo agri keine Klage, welche durch Ablängnung vor Gericht verdoppelt wird, so fällt auch das diesen Fällen eigenthümliche Verfahren hier weg.

Dieses Verfahren soll bei unserer Klage nach Huschke [193]) folgende Gestalt gehabt haben. Der Verkäufer, sagt er, sey vor den Prätor gerufen; habe er hier die Verkürzung einbekannt, so sey ein arbiter liti aestimandae gegeben worden, der ihn in den einfachen Betrag

---

192) Die Interpretatio erklärt das mentiri de modo agri einfach für eine Circumscription: de modo agri, cum a venditore emtor fuerit circumscriptus, ut minus inveniatur, quam probatur scriptum. In derselben Bedeutung kommen die Ausdrücke infitiari, infitiator, infitiatio in folgenden Stellen vor: Cicero pro Flacc. 20. nolite existimare non unam et eandem omnibus in locis esse fraudatorum et infitiatorum impudentiam. Seneca de ira 2, 9. circumscriptiones, furta, fraudes, infitiationes. de benef. 3, 17. tristis et sollicitus, qualis esse infitiator ac fraudulentus solet. Prudent. psych. 630. fidei fraus infitiatrix.

193) Huschke, Recht des Nexum S. 177.

die Qualität des Bodens in bestimmter Richtung garantirt hatte. Von der letztern spricht Julian (Note 182.) sogar ganz in denselben Ausdrücken, in welchen Paulus des falschen Maßes gedenkt.

Die Wirkung der Infitiation in Ansehung des Ackermaßes denkt sich Huschke[191]) als eine eigentliche Litiscrescenz.

Dafür könnte mit einigem Schein angeführt werden, daß Paulus die actio de modo agri unter die Klagen stellt, welche, wenn der Beklagte im Prozeß läugnet, verdoppelt werden (S. 298. 418.) und unmittelbar darauf die Unzulässigkeit des Vergleichs in den Litiscrescenzfällen vorträgt.

Dieser Schein ist aber gewiß erst durch Weglassung der Zwischensätze entstanden, denn die eigenen Ausdrücke des Paulus in der zweiten oben angeführten Stelle beweisen, daß er unter diesem de modo mentiri oder infitiari durchaus nicht erst das gerichtliche Abläugnen des Versprechens eines bestimmten Ackermaßes oder der Verkürzung versteht. Sondern schon in der Distraction eines Maßes, welches nachher nicht geliefert wird, schon in der falschen Lex Mancipii, durch welche der Verkäufer vor einer das Volk vorstellenden feierlichen Versammlung den Käufer und den öffentlichen Glauben zu verletzen sich nicht entblödet, ist die Infitiation enthalten. Wie aber diese Infitiation keine förmliche gerichtliche Verneinung, sondern nur einen materiellen Betrug mit

191) Huschke, Zeitschrift 13., S. 272. 275.

falschem Maße enthält, so ist die actio de modo agri als Strafe dieses Treubruchs eine von vorn herein auf das Doppelte gerichtete, nicht erst durch Abläugnung auf diesen Betrag anwachsende Klage.

Dieß ist nicht nur den Quellen [192]), sondern auch der Natur der Sache vollkommen gemäß. Denn warum sollte der Verkäufer, welcher statt der versprochenen zwölf nur zehn Morgen abgeliefert hat, wegen der Differenz nicht mit dem Käufer transigiren, oder umgekehrt den Mehrbetrag condiciren können? Etwa, weil er als Judicatus gilt? Das ist nirgends gesagt.

Ist aber die actio de modo agri keine Klage, welche durch Abläugnung vor Gericht verdoppelt wird, so fällt auch das diesen Fällen eigenthümliche Verfahren hier weg.

Dieses Verfahren soll bei unserer Klage nach Huschke [193]) folgende Gestalt gehabt haben. Der Verkäufer, sagt er, sey vor den Prätor gerufen; habe er hier die Verkürzung einbekannt, so sey ein arbiter liti aestimandae gegeben worden, der ihn in den einfachen Betrag

192) Die Interpretatio erklärt das mentiri de modo agri einfach für eine Circumscription: de modo agri, cum a venditore emtor fuerit circumscriptus, ut minus inveniatur, quam probatur scriptum. In derselben Bedeutung kommen die Ausdrücke infitiari, infitiator, infitiatio in folgenden Stellen vor: Cicero pro Flacc. 20. nolite existimare non unam et eandem omnibus in locis esse fraudatorum et infitiatorum impudentiam. Seneca de ira 2., 9. circumscriptiones, furta, fraudes, infitiationes. de benef. 3., 17. tristis ac sollicitus, qualis esse infitiator ac fraudulentus solet. Prudent. psych. 630. fidei fraus infitiatrix.

193) Huschke, Recht des Nexum S. 177.

verurtheilte. Läugnete er, so wurde zuerst der Werth des Minderbetrags richterlich festgestellt und dann eine Klage auf das Doppelte dieses Werthes gegeben. Daher sage Paulus (Num. 2.) ausdrücklich: aestimatione facta convenitur, nicht condemnatur oder aestimatione facienda convenitur, wie es doch heißen müsse, wenn der Richter auf gewöhnliche Weise im Hauptprozeß nach vorheriger eigener Abschätzung condemnirt hätte.

Allein wie wenig diese Ausdrücke zu urgiren sind, beweist die willkürliche Abwechselung zwischen non tenetur, cessat, conveniri non potest, die anderswo bei demselben Schriftsteller vorkommt [194]), zumal es dem Juristen weit ferner lag, mit dem Worte facta das Verfahren anzudeuten, als durch den Zusatz officio iudicis an die materiellen Schätzungsregeln zu erinnern, nach denen der Arbiter in der actio emti bei Ermittelung des Simplum zu verfahren hat, welches in der actio de modo agri verdoppelt wird.

Das Resultat des Vorstehenden läßt sich in den einfachen Satz zusammenfassen: daß die actio de modo agri kein Litiscrescenzfall ist.

XIII. Actio Auctoritatis.

Die andere Klage aus dem Kauf, in welcher die Verdoppelung durch Abläugnen behauptet worden ist, bezieht sich auf die Eviction.

---

194) Paulus 2., 31. §. 31. 37.

Für diese haftet der Verkäufer aus jedem Kauf auf das Einfache mit der actio emti. Eine strengere Verpflichtung aber tritt ein, wenn er in der Lex Mancipii oder, seit der schriftlichen Abfassung der Mancipationsacte; in dem instrumentum auctoritatis die Eigenthumsübertragung (mancipio dari) und Servitutenfreiheit eines Grundstücks (praedium liberum, optimum maximum) versprochen hat. In diesem Fall tritt nicht das gewöhnliche Recht des Kaufes, sondern das altitalische Auctoritäts- und Usucapionsrecht der Mancipi Res ein.

Die Grundzüge dieses Rechts, welche hier wenigstens angedeutet werden müssen, sind folgende.

Der Käufer, welcher sich vom Verkäufer in Ansehung des zugesagten Eigenthums und der versprochenen Servitutenfreiheit getäuscht sieht, muß seinen Auctor von dem Anspruch des Dritten benachrichtigen, sonst verliert er die Regreßklage, denn der Auctor hätte ihm durch seinen Beistand den Prozeß vielleicht gewinnen helfen, und kann daher einwenden, daß der Käufer, indem er diesen Beistand anzurufen unterließ, das ungünstige Urtheil selbst verschuldet habe. Dieser Einwand des Auctors gegen die Regreßklage des Käufers ist jedoch nur statthaft, wenn der Auctor anwesend war und die Litis-Denunciation entgegen nahm; der abwesende Auctor, oder der anwesende, welcher sich der Denunciation entzog, hat den Einwand fehlender auctoris laudatio nicht [195]).

195) L. 55. §. 1. de evict. (21., 2.) (Ulpian.) Praesenti autem venditori denunciandum est: sive autem absit, sive prae-

Den anwesenden Auctor befragt der Käufer vor Gericht, ob er sich zur Autorschaft bekenne[196]). Das Eingeständniß derselben überhebt den Käufer späterhin des Beweises in der Regreßklage, während im Fall der Verneinung der Auctor erst durch das instrumentum auctoritatis seiner Autorschaft überführt werden muß, worauf er dann freilich mit der Einrede schlechter Prozeßführung des Käufers nicht weiter gehört wird.

Aus der Mancipii Promissio ist der Käufer zunächst zur Defension verpflichtet[197]). Diese besteht entweder in förmlicher Uebernahme des Judiciums als Defensor an des Beklagten Stelle, oder in unförmlicher Assistenz im Prozesse zwischen dem Vindicanten und dem Käufer[198]).

---

sens sit, et per eum fiat quo minus denuntietur, committetur stipulatio (sc. duplae). L. 56. §. 4—7. eodem. (Paulus.)

196) Cicero pro Caec. c. 19. est actio in auctorem praesentem QVANDOQVIDEM TE IN IVRE CONSPICIO. hac actione Appius ille Caecus uti non posset, si tam vere homines verba consectarentur, ut rem, cuius causa verba sunt, non considerarent. Valerius Probus: Q. I. I. T. C. P. A. F. A. = Quando in iure te conspicio, postulo, an fuas auctor. Entweder pflegt man diese „actio" für die Frage des Vindicanten an den miterschienenen Auctor des Beklagten, oder für die Regreßklage des Beklagten gegen seinen Auctor zu halten. (Puchta, Cursus II., §. 173. n.* 1846.) Sie ist aber vielmehr die Litisdenunciation des Legisactionenprozesses.

197) L. 74. §. 2. de evict. (21., 2.) (Hermog.) Mota quaestione interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest. L. 75. de proc. (3., 3.)

198) L. 21. §. 2. L. 63. §. 1. de evict. (21., 2.). — Die Weigerung der Defension heißt auctoritatem defugere: Plau-

Wird aber dem vindicirenden Kläger das Eigenthum oder Jus am Grundstück zuerkannt, so klagt der unterliegende Käufer aus der Mancipii Promissio, oder Nexi Obligatio, oder Contractus Auctoritatis [199]) — denn diese Ausdrücke sind nur verschiedene Bezeichnungen derselben Sache [200]) — gegen den lügenhaften Auctor, der ihn betrog, auf das Doppelte mit der actio auctoritatis. Dieser trägt also, vorausgesetzt, daß er seiner Auctorschaft geständig oder überführt ist, das Periculum des Evictionsprozesses, oder, wie man nach Analogie der Culpa sich auszudrücken pflegt, er prästirt die Eviction.

Plautus, Persa 4., 3. 55. ac suo periculo is emat, qui eam mercabitur: mancipio neque promittet neque quisquam dabit.

Huschke [201]) versteht dieses mancipio promittere von einer Stipulation, daß dem Käufer die Sache mancipirt, wo nicht, das Doppelte auf den Evictionsfall gegeben werden solle. Dieß würde eher durch duplam

---

tus Poen. I., 1. 17. Terent. Eunuch. 2., 3. 38. Cicero pro Sulla 1. L. 39. de evict. (21., 2.) L. 85. §. 5. L. 139. §. 1. de V. S. (50., 16.)

199) Paul. V. 10. de contrahenda auctoritate. Der Inhalt zeigt, daß diese Titelüberschrift auf das ius parietum (Cic. top. 4. de or. 1., 39.) bei aedes venditae zu beziehen ist.

200) Cic. de harusp. resp. c. 7. multae sunt domus in hac urbe P. C. atque haud scio an paene cunctae iure optimo, sed tamen iure privato, iure hereditario, iure auctoritatis, iure mancipi, iure nexi. nego esse ullam domum aliam aeque privato iure atque optima lege publico vero omni praecipuo et humano et divino iure munitam. Ueber den ager optima lege privatus vgl. Lex Thoria c. 12. Cic. adv. Rull. 2., 11.

201) Huschke, Nexum 172. Note 258.

promittere bezeichnet worden seyn. Mancipio promittere kann nur eine Promissio durch Nuncupation seyn.

Cicero pro Muraena c. 2. quodsi in iis rebus repetendis, quae mancipii sunt, is periculum iudicii praestare debet, qui se nexu obligavit, profecto etiam rectius in iudicio consulis designati is potissimum consul qui consulem designavit, auctor beneficii populi romani defensorque periculi esse debet.

Paul. sent. 2., 17. 3. Res emta, mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplotenus obligatur.

Der denunciirte Auctor kann, wie bemerkt, nicht entgegnen, daß der Käufer den Evictionsprozeß durch eigene Nachlässigkeit verloren habe. Denn entweder assistirte er ihm, dann haben seine eigenen Vertheidigungsmittel sich unzulänglich erwiesen, da ungeachtet derselben dem Successor dieß Recht abgestritten wurde; oder er erschien nicht, dann hat er nur über seine eigene Nachlässigkeit zu klagen.

Eine Ausnahme macht indeß ein Einwand: die Usucapion. Der Auctor kann dem Käufer in der Regreßklage entgegen halten, daß er sich im Evictionsprozesse auf Ersitzung hätte berufen können. Denn zu diesem Vertheidigungsmittel brauchte er den Auctor nicht, den Einwand der Usucapion verleiht ihm das Gesetz [202]), kannte er

202) Cicero pro Caecina c. 26. Quid enim refert aedes aut fundum relictum a patre aut aliqua ratione habere bene partum, si incertum sit quae cum omnia tua iure mancipii

dieses nicht, so befand er sich in einem Rechtsirrthum, der beim Erwerb des Eigenthums nicht verziehen wird (Note 50.). Selbst schon die verschuldete Unmöglichkeit der Usucapion kann dem Käufer vom Auctor entgegen gehalten werden [203]).

Wir lernen diese Einrede erst aus Rechtsquellen der spätesten Zeit kennen, die sie in ihrer letzten beschränkten Anwendung aufheben. Diese Anwendung betraf die Stadt Constantinopel, welche italisches Recht und daher italisches Auctoritäts- und Usucapionsrecht an den Grundstücken der italischen Colonie und andern Mancipi Res bis in die letzte Zeit bewahrt hatte.

Daher erklärt sich auch der Name: annalis exceptio italici contractus. Der italische Contract nämlich, aus dem diese Einrede entspringt, ist der contractus nexi, mancipii, auctoritatis über italische Grundstücke, ihre

---

sint ea possisne retinere — si quae decentissime descripta a maioribus iura finium, possessionum, aquarum itinerumque sunt, haec perturbari — commutarique possunt. — Fundus a patre relinqui potest: at usucapio fundi hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus: aquaeductus, haustus, iter actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur. Vgl. auch Horat. ep. 2., 2. 159. quaedam, si credis consultis, mancipat usus.

203) L. 56. §. 3. de evict. (21., 2.) Si cum posset usucapere emtor non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur. unde si evictus est servus, non tenetur venditor. Anders, wenn das Recht die Usucapion ausschließt, wie die zwölf Tafeln bei gestohlenen Sachen, oder wenn der Käufer oder der Evincent Peregrine war. In diesen Fällen erklärt es auch die Gewährspflicht für immerwährend (aeterna auctoritas esto). Gell. 17., 7. Gaius 2., 45.

Rechte und Accessionen. Eine exceptio ist die Einrede formell erst nach späterm Prozeßrecht, im ältern Recht, dem die Exceptionen fremd waren, wurde sie ohne Zweifel in Form einer Präjudicialsponsion verhandelt. Materiell aber war sie von jeher eine exceptio und zwar eine exceptio legis[204]) (XII tabularum VSVS AVCTORITAS FVNDI BIENNIVM CETERARVM RERVM ANNVS ESTO) gegen die actio auctoritatis aus dem Nexum, welche, wenn die Gewähr in der Lex Mancipii nicht bloß auf Zeit übernommen ward, perpetua war. Annalis endlich heißt sie nicht ihrer Dauer wegen, denn Einreden sind unverjährbar, sondern nach der Dauer des Besitzes oder Nichtgebrauchs, von dem sie entlehnt wird. Jener betrug bei beweglichen Mancipi Res ein Jahr, bei Grundstücken zwei Jahre. Der Nichtgebrauch aber, durch welchen der Käufer die Servitutenklage des Evincenten ausschließen kann, muß bei regelmäßigen Prädialservituten zwei Jahre, bei intermittirenden — wie dem Recht, alle fünf Jahre einmal in den Wald zu gehen, um Holz zu fällen, und bei dieser Gelegenheit das Grundstück des Käufers zur Ueberfahrt zu benutzen — fünf, nach Manchen sogar zehn Jahre gedauert haben[205]).

Im Justinianischen Recht bedeutet das italische Recht

---

204) Gaius 4., 121. L. 3. de exc. 44., 1.

205) L. 1. pr. C. de annali exceptione italici contractus tollenda (7., 40.) spatium annale quidam ita effuse interpretabantur, ut possit usque ad decennium extendi, alii — usque ad quinquennium standum esse putaverunt. Vgl. L. 14. pr. C. de serv. (3., 34.).

bloß noch die Steuerfreiheit gewisser Städte. Das andere Stück desselben, das alte Mancipations-, Nexus-, Usucapions- und Auctoritätsrecht, mit einem Wort, das ius civile des römischen Bodens in den altitalischen Bundesstaaten und Colonien [206]) war eine nicht länger zu ertragende Anomalie, die Justinian aufhob [207]).

Seitdem kann sich der mit der actio emti in Anspruch genommene Verkäufer nur noch darauf berufen, daß der Käufer die im Justinianischen Recht anerkannten Verjährungen gegen den Evincenten geltend zu machen versäumt habe [208]).

---

206) Cicero pro Flacco c. 32. habeant (ista praedia) ius civile, sint nec ne sint mancipi. Gaius 2., 27. nexum italici soli proprium ius esse. Frontin. 36., 3. (Lachm.) stipendiarios qui nexum non habent neque possidendo ab alio quaeri possunt.

207) L. un. C. de usuc. transf. (7., 31.) in italici soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem ita et usucapionem transformandam esse censemus. — Cum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant alienatae nexu vel quocunque modo (bona fide tamen) detentae, usucapionem extendebant non tantum in italico solo sed in omni orbe terrarum et hanc annali tempore concludebant, et eam duximus corrigendam.

208) L. 19. C. de evict. (8., 45.) (Diocl. et Max.) Si obligata praedia venum dedisti et longi temporis praescriptione solita emptores se tueri possunt: evictionis periculum timere non potes. — Eine abweichende Erklärung der exceptio italici contractus giebt Huschke, Recht des Nexum S. 187. Er hält sie für eine prätorische einjährige Verjährungseinrede gegen die Klagen aus allen Contracten oder Quasicontracten, die unter römischen Bürgern und in Italien abgeschlossen waren. Dieser Erklärung, deren Ausführung freilich einer eigenen Abhandlung vor-

Die Usucapion von einem und zwei Jahren und der zweijährige Nichtgebrauch minderte demnach die Gewährspflicht des Auctors. Aehnliche Erleichterungen traten für die Bürgen des Auctors ein.

Dieses Verhältnisses wird in folgender merkwürdigen Stelle gedacht:

> Cicero ad Att. V. 1. de satisdando vero te rogo, quoad eris Romae, tu *ut satisdes* et sunt aliquot satisdationes secundum mancipium vel Memmianorum praediorum vel Atilianorum.

Schon Cujacius (obs. 10., 4.) hat erkannt, daß die hier erwähnte satisdatio secundum mancipium praediorum nichts Anderes seyn kann, als eine Bürgenstellung für die obligatio auctoritatis aus dem Nexum und Mancipium eines italischen Grundstücks.

Der italische Contract überträgt nämlich, wenn der Mancipant Eigenthümer ist, dieses Eigenthum durch Mancipium auf den Käufer, wenn er es nicht ist, so verpflichtet er ihn durch das Nexum zur Auctoritas, also zunächst zur Defension, und wenn diese fruchtlos bleibt, zur Entschädigung des Käufers durch das Doppelte [209]).

---

behalten wird, scheint jedoch der unverkennbare Zusammenhang der Einrede mit der Usucapion und dem Nichtgebrauch (Note 203. und 205.) entgegen zu stehen.

209) Paul. sent. 2., 17. 1. Venditor (nämlich einer res mancipi), si eius rei, quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto, auctoritatis manebit obnoxius. aliter (sc. atque pretio accepto) enim non potest obligari.

Das Nexum aber ist eine Verborum Obligatio, daher konnten die Bürgen des Auctors Sponsoren oder Fidepromissoren seyn und waren es unter römischen Bürgern in der Regel; denn die Erwähnungen der Fidejussoren in den Quellen sind entweder interpolirt, oder die Bürgen waren Peregrinen, oder die Obligation war consensu eingegangen [210]).

Der Sponsor war eben so wie der Auctor selbst zur Defension des Käufers im Evictionsprozesse verpflichtet, der Käufer hielt sich also augenblicklich an ihn, wenn der Auctor die Vertheidigung verweigerte. Daraus erklärt sich der vulgäre Name des Bürgen: auctor secundus, und die Persönlichkeit des Verhältnisses, wodurch sich die Sponsion von der dem Kreditauftrag verwandtern Fidejussion unterscheidet: der Sponsor ist gleich dem Abstipulator und Vindex im Legisactionenprozeß eine Art von Surrogat für den Procurator [211]).

Seit der Lex Furia über den Sponsus nun wurde der Sponsor und Fideipromissor, dessen Verpflichtung aus dem Nexum bis dahin so lange gedauert hatte als die Hauptobligation, für welche er intercedirte, nach Ablauf von zwei Jahren frei [212]).

---

210) L. 7. 8. 11. 18. 31. C. de evict. (8., 45.).

211) Gaius 3., 120. 4., 113. adstipulatoris heres non habet actionem et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur. Boeth. ad top. 2. p. 291. Orelli. Vindex igitur est, qui alterius causam suscipit vindicandam, veluti quos nunc procuratores vocamus.

212) Gaius 3., 121. L. 29. C. (rest.) de fideiuss. (8., 41.).

Schon Huschke[213]) bringt diesen merkwürdigen Satz mit der ein- und zweijährigen Verjährung der actio auctoritatis in Verbindung, welche in dem Zwölftafelgesetz VSVS AVCTORITAS FVNDI BIENNIVM CETERARVM RERVM ANNVS ESTO angeordnet war und in späterer Zeit in der Prozeßform einer exceptio italici contractus gegen die obligatio perpetua aus dem Nexum geltend gemacht wurde. Allein er denkt sich diese Verjährung der obligatio auctoritatis bloß als das Vorbild für die ähnliche Verjährung der actio ex sponsu vel fidepromissione aus der Lex Furia. Zugleich dehnt er dieses Verjährungsrecht auf jeden Sponsus, ja mittelbar auf jeden Contract oder Quasicontract unter römischen Bürgern in Italien aus.

Wir besitzen jedoch ein unverwerfliches Zeugniß, welches einer so weiten Ausdehnung der Lex Furia *direct* entgegen steht.

Cicero hatte sich in Rom für den Q. Cornificius durch Sponsus obligirt. Der Fall betraf eine Staatspachtung, Cornificius hatte dafür durch Grundstücke und Prädes Sicherheit bestellen müssen. Einer dieser Consponsoren ist Cicero. Als Atticus wegen dieser Bürgschaft angegangen wurde, waren fünfundzwanzig Jahre verflossen. Hätte sich die Lex Furia nun auf jeden Sponsus bezogen, so würde Cicero längst liberirt gewesen seyn und gewiß nicht unterlassen haben, sich auf dieses Gesetz zu berufen. Statt dessen verläßt er sich auf die Solvenz des Hauptschuldners und die Ehrenhaftigkeit des

213) Huschke, Recht des Nexum S. 186.

Apulejus, eines bekannten Prädiator, der für die dem Staat verpfändeten Grundstücke des Cornificius schon so viel zahlen werde, daß die Forderung gedeckt und die Sponsoren gar nicht belästigt würden [214]). Atticus möge deßhalb mit den Procuratoren des Cornificius und dem Prädiator Apulejus sprechen.

Diese Erzählung nöthigt uns, das biennium der Lex Furia auf engere Gränzen zurückzuführen, was auch der allgemeinen und unbestimmt gehaltenen Angabe des Gaius keineswegs zuwider ist.

Diese engeren Gränzen nun finde ich (um Cicero's Ausdruck beizubehalten) in der satisdatio secundum mancipium praediorum italicorum, aus welcher sich auch erst der zweijährige Zeitraum [215]), die Beschränkung der Lex Furia auf Italien und die Weglassung dieser Begünstigung der Bürgen im Justinianischen Recht vollständig erklärt.

Mit andern Worten: die Lex Furia gab dem Spon-

---

214) Cicero ad Att. 12., 14. quod scribis a Iunio te appellatum, omnino Cornificius locuples est. sed tamen scire velim quando dicar spopondisse et pro patre anne pro filio. neque eo minus ut scribis, procuratores et Apuleium praediatorem videbis. 12., 17. quod pro Cornificio me abhinc annis XXV spopondisse dicit Flavius, etsi reus locuples est et Apuleius praediator liberalis, tamen velim des operam ut investiges ex consponsorum tabulis sitne ita. Mihi enim ante aedilitatem meum nihil erat cum Cornificio. Ueber den Begriff des Prädiator: Gai. 2., 61. qui mercatur a populo (rem populo obligatam) praediator appellatur.

215) Gaius 3., 121. item sponsor et fidepromissor (per) legem Furiam biennio liberantur — versteht sich in den von der Lex Furia näher angegebenen Fällen.

sor und Fidepromissor, also dem auctor secundus bei der Mancipation eines italischen Grundstücks die exceptio italici contractus, welche ursprünglich nur dem wirklichen auctor zustand, indem die zwölf Tafeln nur die Auctoritas Fundi auf ein biennium beschränkt wissen wollen.

Man darf übrigens nicht glauben, daß bei dem Verkauf italischer Grundstücke die Bürgenstellung regelmäßig vorgekommen wäre. Manche Stellen gedenken ihrer zwar in sehr allgemeinen Ausdrücken [216]), indeß belehrt uns ein wichtiges Zeugniß des Varro, daß sie, wenigstens in einem Punkte, durch die leges praediorum ausgeschlossen zu werden pflegte.

> Varro de lingua lat. VI., 74. sponsor et praes et vas neque idem, neque res a quibus hi, sed e re simile — Vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat. Consuetudo erat, quom reus esset parum idoneus inceptis rebus ut pro se alium daret. A quo caveri postea lege coeptum ab his, qui praedia venderent, vades ne darent; ab eo scribi coeptum in lege mancipiorum: VADEM NE POSCERENT NEC DABITVR.

Vas heißt der Bürge, welchen der Beklagte entweder vor der Obrigkeit (ni eo die finiverit negotium) oder vor dem Judex (inceptis rebus) zu stellen hat, damit der Kläger ihn entlasse. Daher auch der Name.

---

216) L. 41. §. 2. de evictionibus (21., 2.). L. 45. de fideiuss. (46., 3.).

Einen solchen Bürgen hat der Auctor im Evictionsprozesse zu stellen, denn er ist Defensor des Käufers in einer in rem actio und kein Defensor gilt ohne Satisdation als idoneus. Nur wenn ihn der Beklagte zum Cognitor ernennt, muß der Dominus selbst, nicht der Cognitor, caviren. Die Caution geht auf quanti res est. Ohne diese Satisdation gilt die Defension des Auctors nicht als zulänglich und er kann deßhalb mit der actio auctoritatis auf das Doppelte belangt werden [217]). Dagegen hat der Auctor in der actio auctoritatis dem Käufer nur das gewöhnliche Vadimonium purum zu leisten, da weder er selbst zu den verdächtigen Personen, noch der Evictionsanspruch zu den Gattungen von Klagen gehört, wegen deren Satisdation gefordert werden könnte [218]). Nur wenn der Verkäufer sein ganzes Grundvermögen verkaufte, galt er nach ältestem Recht, da er nicht mehr Assiduus war, als parum idoneus. Da nun in dieser Beziehung der Zeitpunkt der Caution der entscheidende ist [219]), so mußte der Auctor auch aus diesem Grunde durch obigen Vorbehalt in der Lex Prädii sich vorher sicher zu stellen suchen.

Auch das ädilitische Edict, welches bei dem Verkauf von Sclaven die Dupla wegen Eviction zu promittiren be-

217) Gaius 4., 89. 90. 101.

218) Gaius 4., 102.

219) L. 15. §. 7. qui satisd. (2., 8.). Possessor autem quis nec ne fuerit tempus cautionis spectandum est. nam sicut ei, qui post cautionem possessionem vendidit, nihil obest: ita nec prodest ei, qui post cautionem possidere coepit.

fahl[220]), verlangte daher wegen Zahlung dieses Doppelten keinen Bürgen, sondern eine einfache Repromission[221]).

Vorstehendes sollte zur Vorbereitung auf die Frage dienen, zu deren Beantwortung ich jetzt übergehe: ob die Actio Auctoritatis aus der Mancipation und dem Nexum einer Mancipi Res zu den Litiscrescenzfällen gehöre oder nicht?

Huschke's[222]) Ansicht geht auch hier wie bei der vorigen Klage, der actio de modo agri, dahin, daß der Anspruch an sich auf das Einfache beschränkt war und erst gegen den Läugnenden auf das Doppelte erhöht ward. Um jedoch den Schwierigkeiten der richterlichen Aestimation auszuweichen, sey es von jeher üblich gewesen, gleich von vorn herein in der Lex Mancipii das Doppelte zu nuncupiren. Insofern habe der Fall praktisch zu denen gehört, in welchen von Anfang an das Doppelte geschuldet wurde. Daher hätten ihn auch die römischen Juristen nicht unter die causae, ex quibus

220) L. 31. §. 20. de aed. ed. (21., 1.) L. 37. §. 1. de evict. (21., 2.)

221) L. 4. de evict. (21., 2.) (Ulpian.) illud quaeritur, an is, qui mancipium vendidit, debeat fideiussorem ob evictionem dare quem vulgo auctorem secundum vocant. et est relatum non debere, nisi hoc nominatim actum est. L. 37. pr. L. 56. pr. eod. — non tamen ut vulgus opinatur etiam satisdare debet qui duplam promittit: sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit (z. B. L. 72. de contr. emt. 18., 1.). Der juristische Begriff des auctor secundus war der des auctor auctoris. Plaut. Trin. 1., 2. 180. — exquiratur usque ab stirpe auctoritas.

222) Huschke, Recht des Nexum S. 188.

lis infitiando in duplum crescit gestellt. Erst bei der Materie hätten sie bemerkt, daß die actio auctoritatis an sich zwar nur auf das Einfache gehe, gegen den Läugnenden aber nach dem Zwölfstafelgesetz CVM NEXVM FACIET auf das Doppelte wachse und zwar auf das Doppelte des Kaufpreises, oder, wenn eine Dupla nuncupirt war, dieser Dupla, so daß sie das Einfache bis zum Vierfachen zum Gegenstand haben könne. So erkläre sich der eigenthümliche Ausdruck des Paulus: auctoritatis venditor duplo tenus statt in duplum obligatur. Denn möglicher Weise könne sich die Klage auf das Einfache beschränken und wiederum dürfe sich der Käufer nicht über das Doppelte durch Nuncupation ausbedingen, da das gesetzliche Maaß des Interesse nach altem Civilrecht überall das alterum tantum zu seyn pflegte. Aus dieser Gewißheit der Schuld in ihrem Grunde und Gegenstande folge aber wieder die Unmöglichkeit des Vergleichs und die Ausschließung der condictio indebiti. — Sogar das vadimonium cum satisdatione weiß Huschke (S. 196—198.) aus dieser Ansicht zu erklären. Die Actio Auctoritatis, sagt er, entspringt aus dem Nexum, die Klage aus dem Nexum war die Manus Injectio pro iudicato, mithin mußte der Beklagte propter genus actionis eine Satisdation auf quanti res est stellen. Seit der Lex Valeria oder Aebutia hörte dieß auf, die Ausschließung durch die Clausel vadem ne poscito nec dabitur erhielt sich aber darum noch lange, weil man im gemeinen Leben fortwährend annahm, bei der duplae stipulatio müsse ohne sie Bürgschaft gestellt werden.

Ich bin weit entfernt, den Aufwand von Scharfsinn und Gelehrsamkeit zu verkennen, welcher zur Begründung dieser Ansicht aufgeboten ist. Dennoch glaube ich ihr entschieden entgegen treten zu müssen.

Vor Allem vermisse ich den Beweis, daß die actio auctoritatis von Haus aus nur auf das Einfache ging. Huschke hat dafür zwar ein Fragment aus Javolenus angeführt, in welchem die Klage auf die Simpla, welche nicht stipulirt sey und der actio emti *entgegengesetzt* werde, die actio auctoritatis bedeuten soll. Dieses Fragment ist:

> L. 60. de evict. (21., 2.) Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex emto actionis hoc quod *interest*.

Da jedoch die aus dem Geschäft hervorgehende Klage als eine ex emto actio bezeichnet wird, so kann Venditio nicht die Mancipation und das Nexum, sondern nur die consensu obligatio aus dem Kauf bedeuten. Mithin werden nicht sowohl die actio emti und auctoritatis, als vielmehr die verschiedenen mit derselben actio emti geltend zu machenden Ansprüche auf das Kaufgeld und das sonstige Interesse einander entgegengesetzt [223]).

---

223) Vgl. L. 6. C. de evict. (8., 45.) (Alexander.) non dubitatur et si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex emto competere actionem.

Eben so wenig ist dargethan, daß das Doppelte erst nach gerichtlicher Abläugnung der Schuld eintrat. Die im Zwölftafelgesetz CVM NEXVM FACIET erwähnte Infitiation darf dafür nicht angeführt werden. Darunter ist kein gerichtliches Läugnen, sondern ein Nichthalten der feierlichen Zusage der Gewähr gemeint. Daher trifft die Strafe des Doppelten den Verkäufer auch dann, wenn er die Autorschaft einräumt. Sie ist keine poena temere litigantium, sondern eine poena perfidiae für den Bruch der publica fides, welchen der Verkäufer begeht, indem er eine öffentlich und feierlich vor fingirter Bürgerversammlung gegebene Zusage nicht erfüllt oder sich daselbst Rechte beimißt, die er nicht hat, und Verpflichtungen übernimmt, die er nicht erfüllen kann. Die Schätzung auf das Doppelte ist der altgesetzliche Maßstab, den das Zwölftafelrecht auch in andern Fällen besonders strafwürdiger Treulosigkeit, namentlich bei dem Depositum und der Tutel in der actio rationibus distrahendis angenommen hat. Man wollte damit die Unwahrhaftigkeit des Verkäufers bestrafen, den Käufer für Verluste und Prozeßkosten entschädigen und willkürlichen Schätzungen des Richters von vorn herein gesetzliche Gränzen setzen. Alles dieses beschränkt sich jedoch auf wichtige und werthvolle Sachen: quod diximus duplam promitti oportere, sagt Ulpian, non ex omni re accipiamus sed de his rebus quae pretiosiores essent: si margarita forte aut ornamenta pretiosa aut vestis serica vel quid aliud non contemptibile veniat. Per edictum autem curulium etiam de servo cavere ven-

ditor iubetur [224]). Zwar ist dieß nur von der stipulatio duplae gesagt, diese aber stimmt materiell mit dem alten Recht der Auctoritas vollkommen überein, wie sie denn auch geradezu stipulatio auctoritatis benannt wird.

Eine Bestätigung unserer Ansicht, daß die actio auctoritatis nicht zu den Klagen gehört, in welchen lis infitiatione in duplum crescit, enthält die Zulassung der condictio indebiti. Diese finde ich ausgesprochen in

L. 26. §. 7. de cond. indeb. (12., 6.) (Ulp.) Adeo autem perpetua exceptio parit condictionem, ut Iulianus scripserit, si emtor fundi damnaverit heredem suum, ut venditorem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans rem tradiderit, posse eum fundum condicere.

Auf den ersten Blick könnte schon in dem Damnationslegat ein Grund zur Ausschließung der Condiction zu liegen scheinen. Allein dieses Hinderniß findet deßhalb keine Beachtung, weil der Gegenstand der Damnation ein liberare, also ein Incertum ist, in welchem Falle keine Litiscrescenz eintritt. Es bliebe also nur die actio auctoritatis übrig. Huschke [225]) sucht sich durch die Annahme zu helfen, daß nexus venditi hier nicht die Verpflichtung zur Evictionsleistung bedeuten könne, die erst mit der Tradition eintrat, sondern die Eigenthumsübertragung überhaupt, wozu auch die Tradition gehört. Allein er selbst nimmt mit Recht an, daß nexus venditi hier im Sinne Ulpian's und Julian's nicht

224) L. 37. §. 1. de evict. (21., 2.)

225) Huschke, Recht des Nexum S. 190. Note 291.

die obligatio venditi, sondern auctoritatis aus der Mancipation bezeichne. Aus dieser ist der Verkäufer unmittelbar zur Mancipii Datio und Traditio verpflichtet, und die Erfüllung dieser Verpflichtung ist eine solutio ex causa auctoritatis oder nexi. Wäre nun diese Causa ein Litiscrescenzfall, so würde der Verkäufer bei unverschuldeter Zahlung nicht condiciren können. Nun soll er aber nicht bloß den tradirten Besitz, sondern das Eigenthum, welches er durch Mancipation übertrug (fundum), mit der condictio triticaria ex causa indebiti zurückfordern. Mithin kann die obligatio nexi nicht zu den causae gehören, in denen die Verpflichtung durch gerichtliches Abläugnen auf das Doppelte erhöht wird.

Eine weitere Bestätigung dieser Ansicht liegt in der Möglichkeit des Vergleichs.

L. 74. pr. de evict. (21., 2.) (Hermogenian.)
Si plus vel minus quam pretii nomine datum est, evictione secuta dari convenerit, placitum custodiendum est.

Diese Stelle auf die actio emti oder duplae oder einen Nachlaßvertrag zu beschränken, wie Huschke[226]) will, scheint mit der ganz allgemeinen Fassung, welche der donationis causa gar nicht gedenkt, nicht vereinbar.

Es versteht sich, daß nach dem Vorstehenden auch ein executorisches Verfahren mit Manus Injectio aus der actio auctoritatis nicht angenommen werden kann. Es mußte vielmehr, wie aus jeder Nexi Obligatio ohne

226) Huschke a. a. O. S. 190. Note 292.

Damnation, erst im ordentlichen Prozesse auf das Doppelte geklagt werden, wenn nicht ein Geständniß des Auctors das Verfahren abkürzte. Die Abschneidung der Vertheidigung, z. B. der Berufung auf iniuria iudicis oder unterlassene Litisdenunciation, hätte eine zu große und durch Nichts zu rechtfertigende Härte gegen den Auctor enthalten. — Damit fällt zugleich die besondere Stellung des Aestimationsverfahrens, welche nach Huschke eintrat, wenn es erst einer richterlichen Schätzung bedurfte, wie viel von dem Kaufpreise auf das Evincirte zu rechnen sey, weil etwa eine Servitut, oder ein Nießbrauch, oder ein reeller Theil eines nicht morgenweise verkauften Grundstücks evincirt ist. In diesen Fällen nämlich soll der Prozeß mit einem arbitrium litis aestimandae begonnen haben und erst nach den dreißig Rechtstagen seit der richterlichen Aestimation die *actio* auctoritatis durch Manus Injectio erhoben worden seyn. Dieß schließt Huschke [227]) aus der Analogie des Formelverfahrens, wofür er sich auf

> L. 1. de evict. (21., 2.) cum pars evincatur — pro indiviso, regressum habet pro quantitate evictae partis. quodsi certus locus sit evictus — pro bonitate loci erit regressus — quid enim, si, quod fuit in agro pretiosissimum hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? Aestimabitur loci qualitas et sic erit regressus.

beruft. Allein die Worte et sic, welche Huschke un-

227) Huschke a. a. O. S. 192.

girt, sollen nur die Aestimation nach der Qualität der Schätzung nach der Quantität entgegensetzen, nicht aber das successive Verhältniß des Aestimationsverfahrens zu der actio auctoritatis bemerklich machen[228]). Dieß hat Huschke wohl nur deßhalb übersehen, weil er auch im Schlußsatz der Stelle quantitas liest, während alle Handschriften und Ausgaben qualitas haben. Wir können demnach auch in der actio auctoritatis keine andere Stellung der Litis Aestimatio annehmen, als die gewöhnliche nach der Pronuntiatio, oder im Formularprozeß vor der Condemnation, welcher dann nach dem üblichen tempus iudicati das ordentliche Executionsverfahren nachfolgte.

XIV. Wandlungsklage.

Es bleibt noch die letzte Klage aus dem Kauf zu betrachten, für welche man Litiscrescenz behauptet hat.

Das Edict der curulischen Aedilen verpflichtet den Verkäufer eines Sclaven, dem Käufer gewisse Mängel anzuzeigen und wegen Abwesenheit derselben das Doppelte des Kaufpreises (duplam pecuniam, qua mercatus est) zu versprechen[229]).

Insbesondere soll der Verkäufer erklären, ob der verkaufte Sclav mit geistigen und körperlichen Krankheiten oder Gebrechen behaftet, ob er Versuche zur Flucht oder

228) L. 45. (Alfenus) und 64. de evict. 21., 2. (Papinian.) giebt über das Materielle der Schätzung die genauern Regeln. Das prozessualische Verhältniß beschäftigt die römischen Juristen nicht.

229) L. 31. de evict. (21., 2.)

zum Selbstmord gemacht hat, oder ob er ein Kapitalverbrechen begangen, aus einem Privatdelict (noxa) verpflichtet, oder zum Thierkampf auf die Arena geliefert ist. Auch soll kein Veterator für einen Neuling verkauft werden [230]).

Gegen den Verkäufer, welcher diese Caution nicht leistet, kann binnen zwei Monaten auf Wiederabnahme des Sclaven, in sechs auf das Interesse geklagt werden [231]).

Von dieser Wandlungs- und Interesseklage wegen nicht geleisteter Caution ist die Redhibitoria wegen der Fehler und des Mangels der zugesagten Eigenschaften des Sclaven zu unterscheiden, welche in sechs Monaten vom Verkauf oder der Zusicherung an gegeben wird [232]).

Diese Klage setzt nach den Worten des Edicts die Vorleistung des Käufers, also vollständige Rückgabe des abgelieferten Sclaven voraus [233]). Da sie jedoch auf

---

230) Gellius 4., 2. L. 1. §. 1. de aed. ed. (21., 1.) In der ursprünglichen Fassung des Edicts, wie sie Gellius aufbewahrt hat, hieß es: TITVLVS SERVORVM SINGVLORVM VTEI SCRIPTVS SIT COERATO ITA VTEI INTELLEGI RECTE POSSIT QVID MORBI VITIIVE QVOIQVE SIT. In den Pandekten ist dieser Eingang weggelassen.

231) L. 28. de aed. ed. (21., 1.) (Gaius.) Si venditor de his, quae edicto aedilium continentur. (L. 1. §. 1. L. 37. eodem. L. 225. de V. S. 50., 16. L. 37. §. 1. de evict. 21., 2.) non caveat, pollicentur adversus eum ad redhibendum iudicium intra duos menses: vel quanti emtoris intersit intra sex menses.

232) L. 19. §. 6. eodem.

233) L. 1. §. 1. L. 25. §. 10. L. 26. L. 29. pr. §. 1. eodem.

eine totale Auflösung des Geschäfts abzweckt[234]), so hat auch der Verkäufer Kaufpreis und Accessionen herauszuzahlen, oder die dafür Verpflichteten ihrer Verbindlichkeiten zu entheben[235]).

Geschieht dieses gutwillig, so erfolgt die Verurtheilung des Verkäufers auf das Einfache (quanti res erit), denn das alterum tantum liegt eben in dem freiwillig zurückgegebenen Kaufpreise. Im entgegengesetzten Fall auf das Doppelte des Kaufpreises, der Zinsen oder Accessionen, es wäre denn, daß der Verkäufer die Zurücknahme des Sclaven verweigerte, unter welcher Voraussetzung er auch nur das Einfache leistet, da das alterum tantum durch den Sclaven gedeckt ist, welchen der Käufer behält[236]).

L. 45. eodem. (Gaius lib. 1. ad ed. aed. cur.) Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum modo in simplum condemnatur venditor: nam si neque pretium neque accessionem solvat, neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur: si vero reddat pretium et accessionem, vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simpli.

L. 29. §. 2. eodem. (Ulp. lib. 1. ad ed. aed.

---

234) L. 23. §. 7. eodem — iudicium redhibitoriae actionis utrumque id est venditorem et emtorem quodammodo in integrum restituere debere.

235) L. 25. §. 9. L. 29. §. 1. eodem.

236) L. 31. pr. eodem.

cur.) Condemnatio autem fit quanti ea res erit. Ergo excedat pretium an non videamus. Et quidem continet condemnatio pretium accessionesque. An et usuras pretii consequatur? — et placet consecuturum.

Insofern die Klage eine Condemnatio auf das Doppelte enthält, ist sie pönal, da sie jedoch aus einem Rechtsgeschäft kommt, so geht sie gegen den Herrn oder Vater auf das Peculium und kann auch gegen die Erben des Verkäufers gebraucht werden [237]).

Die Verurtheilung auf das Doppelte setzt voraus, daß der Verkäufer die Verpflichtung zur Wiederabnahme des Sclaven bestreitet. Erkennt er die Redhibitionspflicht durch Zurücknahme des Sclaven thatsächlich an, so wird die Redhibitionsfrage gar nicht weiter erörtert, sondern unter Angabe dieser Thatsachen eine in factum actio auf den Kaufpreis sammt Accessionen gegeben [238]).

In einem andern Abschnitt des ädilitischen Edicts wird von dem Verkauf der iumenta, d. h. der altitalischen Hausthiere, welche zum Tragen, im Gegensatz der armenta, welche zum Pflügen dienen [239]), gehandelt.

---

237) L. 23. §. 4. 5. eodem.

238) L. 31. §. 17. eodem. iniquum est enim, posteaquam venditor agnovit, recipiendo mancipium, esse id in causa redhibitionis, quaeri utrum debuerit redhiberi —.

239) L. 65. §. 5. de legatis 3. (32.) iumentis legatis boves non continentur. L. 89. de V. S. (50., 16.). Boves magis armentorum quam iumentorum generis appellantur. L. 2. §. 2. ad legem Aquil. (9., 2.) elefanti autem et cameli quasi mixti sunt, nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est.

Der Verkäufer soll Fehler und Krankheiten anzeigen und die Ornamente, welche dem Thier des bessern Verkaufs wegen angelegt waren, mit überliefern. Auf Herausgabe des Schmucks oder Aufhebung des Handels wegen nicht gelieferter Ornamente kann bloß in zwei Monaten geklagt werden. Wegen der Krankheiten und Fehler dagegen verjährt die Wandlungsklage erst in sechs, die ästimatorische Klage auf Abschätzung und verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises sogar erst in Jahresfrist [240]).

Eine Schlußclausel dieses Abschnitts dehnt die Bestimmungen über die iumenta, so weit dieselben die Gesundheit betreffen, auf alles übrige einheimische Vieh aus, welches heerdenweise gehalten wird [241]).

---

240) L. 38. pr. §. 1. de aed. ed. (21., 1.) (Ulpianus libro 2. ad edictum aedilium curulium.)

241) L. 38. §. 5. eodem. elogium huic edicto subiectum est, cuius verba haec sunt QVAE DE IVMENTORVM SANITATE DIXIMVS DE CETERO QVOQVE PECORE OMNI VENDITORES FACIVNTO. §. 6. unde desiit dubitari an hoc edicto boves quoque contineantur. etenim iumentorum appellatione non contineri eos verius est: sed pecoris appellatione continebuntur. Gellius 4., 2. sues — feminas, si steriles essent et venum issent, ex edicto aedilium posse agi Labeonem scripsisse. L. 2. §. 2. ad legem Aquil. (9., 2.) sed an sues pecudum appellatione contineantur quaeritur. Et recte Labeoni placet contineri. sed canis inter pecudes non est. Longe magis bestiae in eo numero non sunt, veluti ursi, leones, pantherae. L. 65. §. 4. de leg. 3. (32.) pecoribus legatis, Cassius scripsit, quadrupedes contineri quae gregatim pascuntur. et sues autem pecorum appellatione continentur, quia et hi gregatim pascuntur. Hiernach ist der unbestimmte Ausdruck de omni animali L. 48. §. 6. de aed. ed. (21., 1.) zu restringiren.

Bei den Verkäufen anderer werthloser Sachen ist weder eine Stipulation des Doppelten vorgeschrieben, noch ein Anspruch auf Redhibition begründet: simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio in usu est.

Das in vorstehenden Umrissen angedeutete ädilitische Redhibitionsrecht nun wird von Huschke[242]) ebenfalls zu den materiellen Litiscrescenzfällen gerechnet, und bedarf daher in dieser Beziehung noch einer genauern Prüfung.

Im Allgemeinen denkt sich Huschke die ädilitische Redhibition als eine Fortbildung des altcivilen Auctoritätsrechts. Im Fall wirklicher Eviction, sagt er, haftete der auctor confessus bloß auf das Einfache, während der infitiatus auf das Doppelte verurtheilt wurde. Ganz dieselben Grundsätze stellten die curulischen Aedilen in ihrem Edicte auf. Der Verkäufer hatte die Wahl, gutwillig zurückzunehmen, oder es auf den Prozeß, die redhibitorische Klage, ankommen zu lassen. Nahm er freiwillig zurück, so lag hierin eine Confessio, daher wurde der Verkäufer nicht gestraft, sondern bloß eine auf das Factum der erfolgten Rücknahme gegründete Klage auf einfache Erstattung des Kaufpreises gegeben. Bestritt hingegen der Verkäufer die Voraussetzungen der Aufhebung, so kam es zur Redhibitoria auf das Doppelte des gezahlten Haupt- und Nebenkaufgeldes. Insofern gehörte das Redhibitionsrecht materiell mit zu den durch Infitiation verdoppelten Klagen.

Indeß räumt Huschke nicht nur ein, daß die rö-

242) Huschke, Nexum S. 209—212.

mischen Juristen die Redhibitoria nicht zu den herkömmlichen Fällen der Verdoppelung durch Infitiation gerechnet, sondern sogar, daß sie wohl daran gethan haben, sie nicht dahin zu stellen. Denn theils komme es hier nicht auf das gerichtliche Geständniß an, da vielmehr wirklich redhibirt seyn müsse, theils könne die Redhibition auch außergerichtlich geschehen, abgesehen davon, daß von einer eigentlichen Schuld und einem Certum in diesem Falle gar nicht die Rede sey. Daher finde denn auch das eigenthümliche Recht jener Fälle, die Ausschließung der Condiction und des Vergleichs, auf die ädilitischen Klagen keine Anwendung.

In der That kann man mit solchen Restrictionen Huschke's Ansicht unbedenklich einräumen. Denn so aufgefaßt gehört die Redhibitoria mit nicht größerem Recht unter die Klagen, welche durch Infitiation auf das Doppelte wachsen, als die Klage gegen die Publicanen (Note 3.), welche bei freiwilliger Restitution ganz vermieden, wenn der Beklagte es zum Prozeß kommen läßt, auf das Doppelte gegeben wird.

XV. Depositum.

Die Beizählung dieses Falls zu den causae, quae infitiatione duplantur hat drei Veranlassungen.

Früher gründete man sie auf das Verzeichniß der Litiscrescenzfälle im Paulus (S. 298.), wo man depensi in depositi verwandelte. Seitdem die depensi actio durch Gaius näher bekannt geworden, ist diese Verwechselung für immer unmöglich geworden.

Alsdann fand man in den Institutionen die aquilische und in gewissen Fällen die Klage aus dem Depositum (interdum depositi) zu denen gerechnet, welche durch Abläugnen verdoppelt werden, während die furti nec manifesti und servi corrupti actio von vorn herein auf das Doppelte gegeben werde [243]). Allein jene Litiscrescenz der actio depositi strict zu nehmen, davon muß schon eine andere Stelle desselben Institutionentitels abhalten, nach welcher die actio depositi zur Nothzeit von Haus aus auf das Doppelte concipirt wird.

> §. 17. I. de act. (4., 6.) plane si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum sit: in duplum actionem praetor reddit: si modo cum ipso, apud quem depositum est, aut cum herede eius de dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.

Die Richtigkeit dieser letztern genauern Angabe wird überdieß bestätigt durch die Worte des prätorischen Edicts selber, welche in den Pandekten vollständig erhalten sind.

> L. 1. §. 1. Depos. (16., 3.) QVOD NEQVE TVMVLTVS NEQVE INCENDII NEQVE RVINAE NEQVE NAVFRAGII CAVSA DEPOSITVM SIT IN SIMPLVM, EX EARVM AVTEM RERVM QVAE SVPRA COMPREHENSAE SVNT, IN IPSVM IN DVPLVM, IN HEREDEM EIVS, QVOD DOLO MALO EIVS FACTVM ESSE DICETVR QVI MOR-

243) Vgl. oben S. 6. und dazu: L. 5. §. 2. de servo corrupto (11., 3.) (Ulpian.) haec actio etiam adversus fatentem in duplum est, quamvis Aquilia infitiantem duntaxat coerceat.

TVVS SIT, IN SIMPLVM QVOD IPSIVS IN DVPLVM IVDICIVM DABO.

Es geht hieraus hervor, daß infitiari in der zuerst angeführten allgemeinen Aufzählung der Institutionen nur in der Bedeutung arglistig verweigerter Herausgabe eines anvertrauten Gutes genommen seyn kann, eine Bedeutung, welche sogar beim Depositum häufiger ist, als die specielle technische des Abläugnens vor Gericht [244]. Insofern nun die Verurtheilung nur erfolgt, wenn der Depositar nicht noch bis zum Endurtheil restituirt, kann man sagen, der Prozeß wachse erst durch die Infitiation auf das Doppelte, was bei dem Furtum nie der Fall ist, und auf diesen Unterschied von der actio furti nec manifesti und servi corrupti war es bei jener Zusammenstellung in den Institutionen allein abgesehen. Dieß ergiebt sich auch aus der unmittelbar folgenden Zusammenstellung der actio quod metus causa und der actio furti manifesti, welche nach demselben Princip unterschieden werden, indem in jener die Verurtheilung in das

244) Iuvenal. 13., 60. si depositum non infitietur amicus. Quinctilian. declam. 245. infitiari est depositum nolle solvere. L. 67. pr. de furtis (47., 2.) (Celsus.) infitiando depositum nemo facit furtum, nec enim furtum est ipsa infitiatio licet prope furtum sit. Sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. L. 13. depositi (16., 3.) (Paul.) si quis infitiatus sit non adversus dominum sed quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret, — nihil dolo malo facit — postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo facere, si reddere eam non vult. L. 1. §. 2. depositi (16., 3.) qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita si intercipiendi causa occultaverit.

Vierfache erst Folge beharrlicher Verweigerung der Herausgabe des abgepreßten Guts ist, während sie bei der actio furti durch Restitution nicht abgewendet werden kann [245]). Dagegen lag die Unterscheidung der actio depositi von den Klagen, die durch bloß wörtliche Verneinung in iure auf das Doppelte wachsen, gar nicht im Plane der Institutionenverfasser. Nichts kann daher unrichtiger seyn, als wenn Manche aus den Institutionen herleiten wollen, daß auch bei dem Depositum in der Noth Condiction und Vergleich wegfalle und die Infitiation bloß in einer gerichtlichen wörtlichen Verneinung des Empfangs bestehe.

Endlich wird in einer aus **Paulus** Sentenzen genommenen Stelle der Collatio selbst bei dem gewöhnlichen Depositum eine Klage der zwölf Tafeln auf das Doppelte erwähnt.

> Collatio 10., 7. §. 11. = **Paul.** sent. 2., 12., 11. ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.

Man hat diese Klage auf das Doppelte mit dem Zwölftafelgesetz CVM NEXVM FACIET und seiner Infitiationsstrafe des Doppelten in Verbindung gebracht. Das

---

245) §. 27. I. de act. (4., 6.) item actio de eo quod metus causa factum sit a ceteris de quibus simul locuti sumus eo differt, quod eius natura tacite continetur, ut qui iudicis iussu ipsam rem actori restituat, absolvatur: quod in ceteris casibus non est ita: sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur, quod est et in furti manifesti actione.

Depositum, meint Sell [246]), sey im ältesten Recht vor fünf Volkszeugen durch Nexum und Mancipation geschlossen; wer die so verabredete Rückgabe verweigerte, hätte das Doppelte zahlen müssen. Diese Weise zu deponiren hatte indeß den Mißstand, daß der Deponent sein Eigenthum einbüßte und demgemäß von einem dritten Besitzer nicht vindiciren konnte. Daher erklärte später der Prätor die Uebertragung des Eigenthums für überflüssig und gab eine Klage auf Rückgabe ohne Fiducia. So weit diese Ansicht.

Mir scheinen derselben folgende Gründe entgegen zu stehen.

Vor Allem geht sie von einer Identität zweier Geschäfte aus, welche ihrem juristischen Zweck und Gegenstande nach völlig verschieden sind [247]), des Depositum und der Freundesfiducia.

Zweitens müßte die prätorische Klage auf das Doppelte nach ihr der Civilklage entsprechen; sie beschränkt sich aber auf das Depositum in der Noth.

Drittens nimmt sie das Doppelte des Edicts und der zwölf Tafeln für gleichbedeutend, während dort, wie wir nach Analogie der Dupla beim Kauf und der actio rationibus distrahendis [248]) schließen dürfen, der Sachwerth, hier das volle Interesse verdoppelt wird.

246) Sell §. 9., nach Puchta, Lehrb. für Institutionenvorlesungen (1829) S. XXXVI. XXXVII.

247) Gaius 2., 60. verglichen mit 4., 47. Huschke, Zeitschrift 14., S. 229 f.

248) L. 1. §. 20. L. 2. §. 2. de tutelae (27., 3.). Rudorff, Recht der Vormundschaft 3., §. 171. Note 1.

Endlich müßte nach dieser Ansicht die Civilklage durch die prätorische verdrängt seyn. Allein offenbar bestanden beide neben einander, wie die actio rationibus distrahendis neben der actio tutelae fortdauerte.

Das Richtige ist, die Depositalklage der zwölf Tafeln dem Gesetz CVM NEXVM FACIET und seiner Infitiationsstrafe nicht unterzuordnen, sondern zu coordiniren. Die Absicht des Gesetzes war, in gewissen besonders bedenklichen Fällen die Verletzung von Treu' und Glauben härter zu ahnden. Als solche Fälle betrachtete man von jeher die Abläugnung anvertrauten Gutes, die Unterschlagung von Mündelgut, die Unwahrhaftigkeit vor offener Volksversammlung oder ihren Repräsentanten [249]). Die Ahndung bestand in der Aestimation auf das Doppelte des Kaufpreises oder Sachwerthes.

Demnach ist auch diese Zwölftafelklage *kein eigentlicher Litiscrescenzfall*, in welchem das gerichtliche Läugnen Versagung der Condiction und Unmöglichkeit des Vergleichs zur Folge hätte, sondern eine Klage, die von Anfang an auf das Doppelte geht.

Mit noch weniger Schein als die verweigerte Rückgabe deponirter Sachen wird von einigen Neuern die grundlose Retention vermietheter oder ohne rechtliche Ver-

249) Cic. pro Rosc. com. c. 6. si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt: fiduciae, tutelae, societatis. Aeque enim perfidiosum et nefarium est, fidem frangere quae continet vitam et pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit et socium fallere, qui se in negotio coniunxit.

pflichtung des Gebers (precario) überlassener Sachen den Verdoppelungsfällen beigezählt. Denn die Quellen schließen die hier eintretende Verpflichtung zum alterum tantum nicht den Infitiations-, sondern den Invasionsstrafen an. Auch ist es nicht die Verneinung, sondern die faktische Verweigerung der Herausgabe bis zum Endurtheil, was die Zahlung der Aestimation neben der Restitution der Sache zur Folge hat [250]).

XVI. Princip der Litiscrescenz.

Erst jetzt, nach vollständiger Erklärung aller Verdoppelungsfälle und nach Absonderung der unächten von den ächten, ist es möglich, die oben (Num. II. am Ende) ausgesetzte Frage nach dem Grundgedanken des Litiscrescenzrechts wieder aufzunehmen.

Die bisherigen Versuche, sie zu beantworten, sind folgende.

Huschke [251]) führt sämmtliche Verdoppelungsfälle auf das Judicat und die Geschäfte mit Aes und Libra zurück. Das Zwölftafelgesetz CVM NEXVM FACIET MANCIPIVMQVE VTI LINGVA NVNCVPASSIT ITA IVS ESTO ent-

250) L. 34. C. de locato (4., 65.). (Zeno.) Conductores alienarum rerum seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam expectaverint, non solum rem locatam sed etiam aestimationem eius victrici parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur. (484.) Ausführlicher in L. 10. C. unde vi (8., 4.).

251) Huschke, Zeitschrift 13., S. 263.

halte nach Cicero's Bericht die ausdrückliche Bestimmung, daß die Abläugnung des in dieser Form Erklärten die Strafe des Doppelten nach sich ziehen solle. Die Anwendung auf die actio de modo agri sey von selbst klar, da man sich die Zusicherung des Maßes beim Kauf und der Mancipation geschehen denken müsse. Das Damnationslegat sey erst mit dem Mancipationstestament aufgekommen und Inhalt der Nuncupation *gewesen*, durch welche die Nebenbestimmungen der familiae mancipatio bekräftigt wurden. Das Judicat aber und die Geschäfte mit Aes und Libra kämen in zwei Punkten überein. Vor Allem darin, daß sie einen civilrechtlichen publicistischen Grund hätten und folglich gleichsam eine öffentliche Schuld seyen. Denn das Judicat beruhe auf dem vom Staat gesetzlich constituirten und öffentlich gehegten *Gericht*, das Gestum durch Erz und Wage sey ein *ursprünglich* in einer Volksversammlung vorgenommener gesetzlicher Act. Zweitens betreffe die Verpflichtung dem Umfang nach ein Certum; wo ein Incertum geleistet werde, z. B. ein verkauftes Thier mit Fehlern behaftet sey, da werde keine Litiscrescenz erwähnt. Wenn nun eine Schuld nach beiden Seiten, nach ihrem Entstehungsgrunde, der in etwas Oeffentlichem liege, und ihrem bestimmten Gegenstande unzweifelhaft gewiß sey, so verdiene die Unverschämtheit des Läugnenden eine Strafe und zwar die des Doppelten, da dem Gläubiger seine unzweifelhafte Forderung zerstört und wieder ungewiß gemacht werde. Diese Strafe des Doppelten sey in der That für alle Fälle vorgeschrieben durch die Lex Aquilia, welche, wie das

zweite Kapitel bezeuge, eine durchgreifende Gesetzgebung gegen Schadenszufügungen beabsichtigte.

Der historische Theil dieser Ansicht ist schon oben (Num. X.) bei dem aquilischen Recht berührt worden. In der Auffassung des Princips aber vermisse ich das wesentliche Moment der Damnation, dessen Mangel auch bereits in einzelnen Anwendungen gerügt worden ist, und mit dessen Aufgeben wir jede Möglichkeit der Unterscheidung zwischen den ächten und unächten Fällen der Litiscrescenz verlieren. An die Stelle dieses Moments tritt freilich bei Huschke das Certum, die Gewißheit im Gegenstande. Allein dieß vermag jene Lücke nicht zu ersetzen. Die Unterscheidung zwischen Certum und Incertum tritt erst in der Lex Silia und Calpurnia, nicht schon in den zwölf Tafeln hervor, die Infitiation einer bestimmten Geldschuld hat eine Succumbenzstrafe von $33\frac{1}{3}$ Prozent, nicht von 100 Prozent, zur Folge; das Judicat, dessen Verneinung wirklich mit einer Litis Duplatio geahndet wird, geht im Litisactionenprozeß nicht auf eine bestimmte Geldsumme, sondern auf das ursprüngliche, also oft unbestimmte Klagobject. Das von Huschke aufgestellte Princip der absoluten Gewißheit in Grund und Inhalt (Ob und Was) reicht also noch nicht aus, um das Litiscrescenzrecht zu erklären. Nach ihm würde auch die Abläugnung der Fiducia einer bestimmten Sache die Strafe der Verdoppelung nach sich ziehen, was zwar neuerdings behauptet, aber, wenn dieses Doppelte Strafe des Läugnens seyn soll, zuverlässig falsch ist, wiewohl nicht, wie Huschke glaubt, weil die Fiducienklage auf

ein Incertum geht, sondern weil der Anspruch nicht executorisch ist.

Einen andern Weg schlägt Sell [252]) ein. Er nimmt an, die Lex Aquilia habe die Regeln des Judicats auf die übrigen Verdoppelungsfälle übertragen, mit Ausnahme des Depensum, dessen Nachbildung auf der Lex Publilia beruhe.

Abgesehen von dem unrichtigen historischen Elemente dieser Auffassung, von welchem ebenfalls unter Num. X. gehandelt worden ist, ist hier über dem Moment der Gleichheit die innere Verschiedenheit des Urtheils und der Nachbildungen desselben in den Hintergrund geschoben. Die Infitiation des Urtheils, welche ein Rechtsmittel ist, wird mit der negativen Litiscontestation der übrigen Fälle identificirt und für beide gemeinsame Regeln aufgestellt. Die Ausschließung der Condiction, durch deren Erklärung in die ganze Deduction erst Zusammenhang gebracht seyn würde, ist als ein für sich bestehendes Institut behandelt und zur besondern Ausführung verwiesen.

Mir scheint zum Verständniß der Litiscrescenz eine weit engere Anknüpfung an die Regeln des altrömischen Prozesses vom Urtheil und der Richtigkeitsbeschwerde und eine schärfere Unterscheidung zwischen dem Urtheilsrecht und seinen Nachbildungen nothwendig.

Wenn der Prozeß durch das Urtheil entschieden ist, so hat der Sieger, um zu seinem Ziel, der Execution, zu gelangen, nur noch das St[illegible] der Litis Aestimatio

252) Sell, §. 12. 13. S. [illegible]

zu durchlaufen, die ein Liquidationsverfahren, kein Judicium ist. Eine andere Entscheidung, als die im Urtheil gegebene, ist selbst im Wege des Vergleichs nicht mehr möglich. Einer Wiederholung des Rechtsstreits, selbst unter der Form der condictio indebiti, steht die auctoritas rei iudicatae entgegen. Nur ein Rechtsmittel gegen das Urtheil kann den errungenen Sieg wieder zweifelhaft machen, denn das Scheinurtheil kann cassirt werden und der unentschiedene Rechtsstreit beginnt von Neuem. Damit dieses Rechtsmittel nicht gemißbraucht werde, trifft den zum zweiten Mal unterliegenden Beklagten die Strafe abermaliger Verurtheilung, er kann also das Urtheil revociren, aber nur auf das Doppelte. Dieß geschieht durch die sententiae in duplum revocatio als Nichtigkeitsbeschwerde der pars fugiens, deren Frustrationen mehr zu fürchten sind, als die des Klägers, welchen schon die Gewißheit des erlangten, wenn auch unvollständigen Erfolgs abhalten wird, das zweifelhafte Spiel des Prozesses auf diesem Wege abermals zu versuchen.

Indem nun eine Lex publica oder privata dieses natürliche Urtheilsrecht auf gewisse Klagen künstlich überträgt, nimmt dasselbe unvermerkt einen andern Charakter an, wie ja auch der Executiv- oder Mandatsprozeß aus einem notariellen Instrumentum confessatum und guarentigiatum ein anderer ist, als das Executionsverfahren aus dem richterlichen Urtheil, obgleich ursprünglich in [illegible] ...tur executivisch verfahren, nur auf gleiche [illegible] ...cution vorgeg[illegible] sollte.

ein Incertum geht, sondern weil der Anspruch nicht executorisch ist.

Einen andern Weg schlägt Sell [252]) ein. Er nimmt an, die Lex Aquilia habe die Regeln des Judicats auf die übrigen Verdoppelungsfälle übertragen, mit Ausnahme des Depensum, dessen Nachbildung auf der Lex Publilia beruhe.

Abgesehen von dem unrichtigen historischen Elemente dieser Auffassung, von welchem ebenfalls unter Num. X. gehandelt worden ist, ist hier über dem Moment der Gleichheit die innere Verschiedenheit des Urtheils und der Nachbildungen desselben in den Hintergrund geschoben. Die Infitiation des Urtheils, welche ein Rechtsmittel ist, wird mit der negativen Litiscontestation der übrigen Fälle identificirt und für beide gemeinsame Regeln aufgestellt. Die Ausschließung der *Condiction*, durch deren Erklärung in die ganze Deduction erst Zusammenhang gebracht seyn würde, ist als ein für sich bestehendes Institut behandelt und zur besondern Ausführung verwiesen.

Mir scheint zum Verständniß der Litiscrescenz eine weit engere Anknüpfung an die Regeln des altrömischen Prozesses vom Urtheil und der Nichtigkeitsbeschwerde und eine schärfere Unterscheidung zwischen dem Urtheilsrecht und seinen Nachbildungen nothwendig.

Wenn der Prozeß durch das Urtheil entschieden ist, so hat der Sieger, um zu seinem Ziel, der Execution, zu gelangen, nur noch das Stadium der Litis Aestimatio

252) Sell, §. 12. 13. S. 45—50.

zu durchlaufen, die ein Liquidationsverfahren, kein Judicium ist. Eine andere Entscheidung, als die im Urtheil gegebene, ist selbst im Wege des Vergleichs nicht mehr möglich. Einer Wiederholung des Rechtsstreits, selbst unter der Form der condictio indebiti, steht die auctoritas rei iudicatae entgegen. Nur ein Rechtsmittel gegen das Urtheil kann den errungenen Sieg wieder zweifelhaft machen, denn das Scheinurtheil kann cassirt werden und der unentschiedene Rechtsstreit beginnt von Neuem. Damit dieses Rechtsmittel nicht gemißbraucht werde, trifft den zum zweiten Mal unterliegenden Beklagten die Strafe abermaliger Verurtheilung, er kann also das Urtheil revociren, aber nur auf das Doppelte. Dieß geschieht durch die sententiae in duplum revocatio als Nichtigkeitsbeschwerde der pars fugiens, deren Frustrationen mehr zu fürchten sind, als die des Klägers, welchen schon die Gewißheit des erlangten, wenn auch unvollständigen Erfolgs abhalten wird, das zweifelhafte Spiel des Prozesses auf diesem Wege abermals zu versuchen.

Indem nun eine Lex publica oder privata dieses natürliche Urtheilsrecht auf gewisse Klagen künstlich überträgt, nimmt dasselbe unvermerkt einen andern Charakter an, wie ja auch der Executiv- oder Mandatsprozeß aus einem notariellen Instrumentum confessatum und guarentigiatum ein anderer ist, als das Executionsverfahren aus dem richterlichen Urtheil, obgleich ursprünglich in beiden Fällen nur executivisch verfahren, nur auf gleiche Weise mit der Execution vorgegangen werden sollte.

Wenn nämlich ein Gesetz, wie die Lex Aquilia, oder ein executorischer Privatact, wie die Aes et Librasollemnität mit condemnatorischer Clausel — in welcher das altrömische Geschäftsleben ein dem romanischen Notariat ähnliches Institut besaß —, eine Klage ohne vorhergehende Untersuchung und Beweisführung von vorn herein für judicatmäßig erklärt, kann es ohne die entschiedenste Ungerechtigkeit, ja, ohne Widerspruch mit sich selbst, die nachfolgende Vertheidigung nicht ausschließen. Die Abschneidung aller Vertheidigung würde nicht mehr eine Uebertragung der Grundsätze des Urtheils genannt werden können, denn dem Urtheil muß ja die vollständigste Allegation und Beweisführung vorangegangen seyn.

Will also das Gesetz nicht ganz in den gewöhnlichen Prozeßgang einlenken, in welchem Fall die *Damnation* nur eine bedeutungslose Prozeßeröffnung *enthalten würde*, so muß es darauf Bedacht nehmen, den nachträglichen Verhandlungen engere Gränzen zu setzen.

Dieß geschieht dadurch, daß das Gesetz die Beschwerung des Klägers mit einer Beweislast, dem lästigsten und zeitraubendsten Theil des Verfahrens, zu verhüten sucht.

Der Beklagte hat zwischen fateri und infiteri [253]), bekennen oder verläugnen, zwischen der Antwort: schuldig oder nicht schuldig, zu wählen. Geht er den Läugnungsweg (infitias) [254]), so trifft ihn, wenn er über-

253) **Paulus** ex **Festo** s. v. **infiteri** non fateri, infitiari creditum fraudare. Glossar. **Labbaei** **infitentes** ἀρνούμενοι.

254) Von dem veralteten Zeitwort infiteri ist das defective

führt wird, die Strafe des Doppelten, während im ordentlichen Prozeß der Vindicationen und Condictionen der Beklagte, selbst als infitiator, mit einfacher Verurtheilung abkommt, abgesehen von dem Sacramentum, den Sponsionen und doppelten Früchten, die in gewissen Fällen im alten Prozeß zu leisten waren.

Darin aber liegt ein mächtiges Compelle, den Weg der Confessio einzuschlagen [255]), zumal durch die Versagung der condictio indebiti gesorgt ist, daß nicht in einem Separatum eine gefahrlose Abläugnung des Debitum vorbehalten bleibe.

Aber nicht jede Vertheidigung läßt sich auf die einfachen Gegensätze von confiteri und infitiari zurückführen; es giebt Uebergänge und Mittelglieder zwischen beiden. Wie sind diese zu behandeln?

Vor Allem haben die Einreden einen zweideutigen Charakter.

Die ächten Exceptionen bekämpfen den Erfolg der Klage wegen Collision mit einem Gegenrecht, die unächten enthalten eine Verneinung des gegenwärtig bestehenden Rechtsverhältnisses, während sie seine Geschichte bejahen. Die Römer setzen beide unter dem Namen der

---

Hauptwort infitiae (wie vindiciae, und — wie Huschke, Zeitschrift 13., 212. Note 17. scharfsinnig bemerkt hat — rupitiae), gebildet, wovon sich nur der Accusativ infitias ire (wie exsequias, suppetias ire — L. 44. §. 4. fam. herc. 10., 2. (Paulus) ad infitias ire) — erhalten hat, von welchem dann wieder das neuere Zeitwort infitiari ausgegangen ist.

255) Nov. 18. c. 8.

Defensio der Infitiatio entgegen [256]), und verschonen den unterliegenden Beklagten mit der Strafe des Doppelten. Der Grund ist, weil er, obwohl den Prozeß aufhaltend, dem Kläger die Beweislast nicht aufbürdet, die ihn ja in beiden Fällen selber trifft [257]).

In Anwendung auf die ächte Exceptio ist dieß in folgender Anwendung anerkannt. Wenn Jemand auf obrigkeitlichen Befehl ein fremdes Haus bei einer Feuersbrunst niederreißen läßt, und der Hauseigenthümer belangt ihn mit der Aquilia, so wird eine Exceptio quod incendii defendendi causa non fiat in die Formel gesetzt, welche die Verurtheilung verhindert, sobald der Befehl nachgewiesen wird. Ist es ohne Befehl geschehen, so wird zwar keine Exception gegeben, wenn aber das Feuer bis zu dem niedergerissenen Gebäude vordrang, so fehlt an einem Damnum, denn auch ohne daß es eingerissen wäre, würde es durch die Flammen zerstört seyn. Geschah dagegen früher Einhalt, so wird der Beklagte zwar verurtheilt, aber da er das Factum nicht läugnete, sondern sich nur durch den Nothstand vertheidigen wollte, wird die Confessoria gegeben und die Aestimation auf das Einfache beschränkt [258]).

---

256) Cicero in Verr. 2., 4. 47. or. part. c. 29. top. 24.

257) L. 23. §. 11. ad legem Aquiliam (9., 2.) remittere actori confessoriam ne necesse habeat docere eum occidisse. L. 4. C. de lege Aquil. (3., 35.) contra negantem si damnum per iniuriam dedisse probetur, dupli procedit condemnatio. Nov. 18. c. 8. ὡς ἀναγκασθῆναι τὸν διώκοντα πράγματα ὑπομεῖναι περὶ τὴν σύςασιν αὐτῆς (sc. συγγραφῆς) — — καὶ συςαίη τοῦτο νομίμοις τρόποις ὁ διώκων —.

258) L. 7. §. 4. quod vi (43., 24.).

Dasselbe gilt bei unächten Exceptionen, z. B. L. 44. §. 1. de leg. 2. (31.)

Alles dieses ist jedoch nur unter der Voraussetzung wahr, daß die Einreden oder Exceptionen neben einer Confessio, einer Einräumung des Klaggrundes, vorgetragen werden.

Läugnet dagegen der Beklagte den Klaggrund, so verliert er alle Einreden und Exceptionen schon deßhalb, weil er sonst durch deren Beweis der durch das Läugnen verwirkten Infitiationsstrafe noch entgehen würde, so daß den Kläger die Beweislast träfe, ohne daß er durch das Duplum der Verurtheilung entschädigt würde. Darauf bezieht sich ohne Zweifel die

L. 43. pr. de R. I. (50., 17.) (Ulpian.)

Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit.

Eine lex impediens der frühern Zeit ist die Aquilia, die der Jurist auch wohl zunächst im Sinne hatte; aus der spätern gehört hieher die an das frühere Litiscrescenzrecht anknüpfende Bestimmung Justinian's, daß der Beklagte, wenn er den Empfang des Geldes geläugnet und durch dessen Nachweis von Seiten des Klägers das Doppelte verwirkt hat, mit dem Einwand der Zahlung nicht weiter gehört werden soll[259]).

Das von den Einreden Gesagte gilt auch von dem

---

259) Nov. 18. c. 8. Wenn Sell S. 2. Num. 9. seiner Abhandlung diesen Verlust als eine selbstständige, von der Litiscrescenz unabhängige Strafe behandelt, so ist er im Widerspruch mit sich selbst. Vgl. S. 183. 184.

qualificirten Geständniß, vorausgesetzt 1) daß es eine partielle Verneinung enthält, 2) daß der Beklagte den Beweis der Beschränkung übernimmt. Denn unter dieser Voraussetzung nimmt es faktisch die Natur einer Einrede an. (Note 111.)

Ein anderer Zweifel betrifft die Eidesdelation an den Kläger.

Man könnte sie für ganz unstatthaft halten, da der Eid die Natur des Transacts hat, der ja über eine entschiedene Sache, also in den Fällen der Litiscrescenz, unmöglich ist. Allein es handelt sich um eine Eidesdelation in der Richtigkeitsinstanz oder dem der Damnation nachfolgenden Rechtsstreit. Diese ist völlig unbedenklich (Num. VI. am Ende), sie verschafft aber dem Kläger nur einen Anspruch auf das Einfache, nicht auf das Doppelte. Darauf geht die merkwürdige:

> L. 30. pr. de iureiur. (12., 2.). (Paulus.) Eum, qui iuravit, ex ea actione quae infitiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere Pedius ait: abunde enim sufficere exonerari petitorem probandi necessitate, cum omissa hac parte edicti dupli actio integra maneat, et potest dici hoc iudicio non principalem causam exerceri, sed iusiurandum actoris conservari.

Der Jurist führt für die Beschränkung auf das Einfache zwei Gründe an. Erstlich wird dem Delaten der Beweis erspart, und dieß ist, wie Pedius bemerkt, ein hinreichender Gewinn, den der Kläger durch den Eid er-

langt[260]). Zweitens — und dieß fügt Paulus hinzu — handelt es sich in der Eidesklage nur um die Einziehung der beschworenen Summe, die er ohne Beweis bekommt. Will er mehr, so bleibt ihm ja unbenommen, die Eidesklage fallen zu lassen und auf die Hauptklage zurückzugreifen, mit der er, freilich um den Preis der Beweisführung, das Doppelte immer noch erlangen kann. Bis hierher ist der Gedanke des Juristen klar. Bestritten aber ist die Frage: inwiefern der Kläger zu diesem Rückgriff befugt sey. Man hat drei Meinungen: 1) die ältere gestattet die ursprüngliche Klage unbedingt, auch nach ausgeschworenem Eide; 2) eine zweite nur vor der Annahme des angetragenen Eides, da die Annahme oder doch die Ableistung des Eides die ursprüngliche Klage zerstören würde[261]); einen Mittelweg schlägt Sell ein [262]): er läßt die alte Klage auch nach der Eidesleistung zu, aber nur dann, wenn der Beklagte den Eid läugnet, ohne den Klaggrund zuzugeben. So glaubt er

---

260) Sell §. 18. S. 180. nimmt an: Pedius beabsichtige nichts Geringeres, als das allgemeine Princip der Infitiationsstrafen aufzustellen: es genüge für den Beklagten, um der poena dupli zu entgehen, wenn er den Kläger von der Beweislast befreie. Allein Pedius spricht 1) nicht vom Gewinn des Beklagten, sondern des Klägers, 2) nicht allgemein, sondern von den besondern Vortheilen, welche der Kläger durch den Eidschwur zu erlangen hofft.

261) Ueber beide Meinungen vgl. Schulting-Smallenburg notae ad Dig. III. p. 57. Glück, Pand. VI. S. 187. XII. S. 238. Note 65. (der jedoch mit sich nicht einig werden kann). Sell S. 224—227.

262) Sell a. a. O. S. 227.

der Schwierigkeit der Consumtion zu entgehen. Allein dieser Mittelweg ist ganz unzulässig. Ist die alte Klage durch den Eid wirklich aufgehoben, so ist kein Rücktritt möglich: wenn ich eine Schuld aus der Vormundschaft novire und die Stipulation wird geläugnet, so kann ich nicht wieder tutelae, sondern ich muß ex stipulatu klagen. In Betreff der beiden andern Meinungen über die Frage, ob der Eid eine Consumtion enthalte, kommt es lediglich auf die Intention der Parteien an. Wenn sich der Kläger den Rücktritt zu der alten Klage vorbehält und der Deferent dieß geschehen läßt, so wird Niemand die Zulässigkeit desselben bezweifeln. Dieß aber ist anzunehmen bei dem Eide: daß der Kläger etwas zu fordern habe (aliquid sibi deberi), der Kläger will den beschworenen Theil durch den Eid in Sicherheit bringen, ohne auf die Möglichkeit zu verzichten, mittels eines freilich schwierigen Beweises auch das Uebrige zu retten.

Eine verwandte Natur, wie die Eidesdelation an den Kläger, hat die an den Beklagten.

Wenn der Kläger dem den Geldempfang oder seine Handschrift läugnenden Beklagten einen Eid zuschiebt, so zahlt dieser im Fall der Eidesweigerung nur das Einfache, denn er legt dadurch ein Geständniß seiner Schuld ab und der Kläger ist des Beweises überhoben.

Nur wenn der Kläger nicht unmittelbar nach der verneinenden Einlassung, sondern erst im fernern Verlauf des Prozesses nach vergeblich versuchter Beweisführung zur Eidesdelation greift, schien es billig, dem Beklagten auch noch die bis dahin aufgelaufenen Prozeßkosten

aufzulegen, da diese durch seine Verneinung verursacht wurden.

Eben so soll es gehalten werden, wenn der Kläger die vom Beklagten producirte Quittung ausgestellt, oder die darin als bezahlt bezeichnete Summe empfangen zu haben läugnet, der Beklagte ihm darüber den Eid deferirt und er diesen zu leisten Bedenken trägt. Er soll ebenfalls, wenn dieses Eingeständniß sofort erfolgt, mit dem Einfachen abkommen.

Aus allen diesen Anwendungen[263]) stellt sich folgender juristischer Begriff der Infitiation heraus.

Als Infitiation, welche das Doppelte nach sich zieht, gilt nur dasjenige Läugnen des Klaggrundes oder der Schuld, welches eine Beweisführung des Klägers zur Folge hat.

Dabei kommt es auf Calumnie des Beklagten überall nicht an: der Beklagte wird unter jener Voraussetzung schon für das temere litigare mit dem Doppelten gestraft[264]). Gegen das calumniae causa infitias ire ist der Kläger durch andere Rechtsinstitute gesichert[265]).

Die Strafe trifft den Defensor, z. B. den Vormund, welcher den Prozeß auf seinen Namen führte. Der Dominus erleidet sie nur, wenn er seinem Bevollmächtigten zur Abläugnung des Klaggrundes Auftrag gab. (Note 82.)

---

263) Nov. 18. c. 8.
264) §. 1. I. de poena temere litigantium (4, 26.).
265) Gai. 4., 171. 172.

XVII. Anwendung des römischen Rechts.

Der nun vollendeten Darstellung des römischen Litiscrescenzrechts mögen noch einige Bemerkungen über die Anwendung in der neuern Zeit nachgeschickt werden.

Der Verfall des Institutes beginnt auf dem Gebiet der Damnation, oder des römischen Executivprozesses, wenn der Ausdruck erlaubt ist, so früh, daß es hier schon zur Zeit der classischen Juristen in höchst fragmentarischer Gestalt erscheint. Nur im Urtheilsrecht hat sich ein vollständiger Zusammenhang der einzelnen Regeln erhalten.

Im Justinianischen Recht ist mit Aufhebung jener wohlthätigen Beschränkung der Richtigkeitsbeschwerde durch das Institut der sententiae in *duplum* revocatio auch dieser Zusammenhang gestört, und mit dem Wegfall des Depensum und des Damnationslegats, wie durch Hineinziehen der Abläugnung von Handschriften und Zahlungen die gemeinsame Beziehung der Litiscrescenzfälle auf die Condemnation ganz aufgegeben. Die Verdoppelung erscheint als innerlich principlose willkürliche Strafe des Abläugnens, von der man nur nicht begreift, warum sie nicht eben so gut in unzähligen andern Fällen angewendet wird.

Wenn es daher auch nicht gestattet ist, mit Manchen, z. B. dem seligen Glück[266]), „billig anzuneh-

266) Glück, Comm. Bd. 13. S. 95.

men, daß jetzt in einem solchen (Verdoppelungs-) Falle die condictio indebiti angestellt werden möge", so paßt doch der Ausdruck: die Condiction cessire in den Verdoppelungsfällen so wenig in das Justinianische Recht, als die ähnliche Regel für den Vergleich (S. 344.), welche die Compilatoren daher auch mit Recht gestrichen haben. Denn seitdem beim Judicat die Verdoppelung wegfällt und dennoch Vergleich und Condiction ausgeschlossen sind, während umgekehrt über die Aquilia und den Vermächtnissen an Stiftungen der Vergleich gültig ist, ungeachtet die Litiscrescenz fortdauert, seitdem ist es nicht einmal mehr wahr, daß diese Rechtssätze zusammentreffen, geschweige, daß sie innerlich zusammenhängen.

Ueber die Anwendung dieser isolirten Bestimmungen im gemeinen deutschen Recht ist man so weit einig, als sie die Ausschließung der condictio indebiti und die Verdoppelung der Vermächtnisse ad pias betrifft; über die Verdoppelung der Aquilia hingegen ist es nie zu einer übereinstimmenden Doctrin und Praxis gekommen. Auch das Läugnen der Schuldscheine und Quittungen ist nur particularrechtlich mit dem Doppelten gestraft worden [267]).

Die neuern Gesetzgebungen sind auch dem Vermächtniß ad pias viel zu abgeneigt, um den Uebergang von Vermögen in die todte Hand noch durch Läugnungsstrafen zu befördern.

---

267) Einige Nachweisungen sind gesammelt bei Sell §. 33. S. 245—251.

An eine Uebertragung der römischen Regeln auf den neuern Mandats- oder Executivprozeß hat schon wegen der unvollkommenen Einsicht in den innern Zusammenhang des römischen Rechts kein neuerer Jurist denken können.

Gedruckt bei A. W. Schade, Grünstr. 18.

Zeitschrift
für
geschichtliche
Rechtswissenschaft,

herausgegeben

von

F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn

und

A. A. F. Rudorff.

Band XV. Heft 1.

Berlin,
Verlag der Nicolaischen Buchhandlung
1848.

Zeitschrift

für

geschichtliche

Rechtswissenschaft

herausgegeben

von

F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn

und

A. A. F. Rudorff.

Fünfzehnter Band.

Berlin,

in der Nicolaischen Buchhandlung.

1850.

Inhalt.

Heft 1.

Heft 2.

Heft 3.

Druckfehler.

S. 203. Z. 11. Statt Marini lies Moroni.

I.

Ueber die Erwähnung des jus Italicum auf Inschriften.

Von

Herrn Prof. D. A. W. Zumpt

in Berlin.

In seiner Abhandlung über das jus Italicum (im 5ten Bande dieser Zeitschrift S. 242 u. ff.) führt Hr. v. Savigny als Stellen der alten Schriftsteller, in denen dasselbe erwähnt werde, an: 1) Plin. nat. hist. libr. III. cap. 3. u. 21. 2) Die bekannten Excerpte in dem Titel der Pandecten de censibus (L., 15.). 3) Theod. Cod. XIV., 13. und Just. Cod. XI., 20., wo von dem jus Italicum der Stadt Constantinopel die Rede ist. Aus diesen Quellen gelangt er zu dem Resultate, daß als Inhalt des jus Italicum betrachtet werden müsse das Recht freier Verfassung, Steuerfreiheit und Fähigkeit des Bodens im quiritarischen Eigenthum zu stehen; ferner, das jus Italicum sey nie ein persönliches Vorrecht gewesen, es habe nur an dem Gebiete der Stadt, die es besessen, gehaftet.

Gegen zwei dieser Behauptungen hat sich Widerspruch erhoben, einmal dagegen, daß die civitates juris Italici das Recht freier Verfassung gehabt hätten, worunter Hr. v. Savigny das Recht, die Stadtobrigkeiten selber zu wählen, versteht. Zweitens hat man bestritten, daß das jus Italicum kein persönliches Vorrecht gewesen sey. Es ist dieß geschehen hauptsächlich von Walter in seiner Römischen Rechtsgeschichte 1ste Ausg. S. 327. Derselbe begründet seine Meinung, daß das jus Italicum den Bürgern einer Stadt auch persönliche Vorrechte gegeben habe, 1) durch zwei Lateinische Inschriften, 2) durch die Behauptung, daß die Vorrechte, welche die Bürger Italiens durch vier Kinder erhielten, bei gleicher Anzahl von Kindern auch auf die Bürger einer civitas juris Italici übergegangen wären. Beide Punkte hat Hr. v. Savigny in einem Nachtrage zu seiner Abhandlung (im 11ten Bde. dieser Zeitschrift S. 11 ff.) bekämpft. In Bezug auf den letzteren hat er nach Puchta's Vorgange (Institutionen Th. 1. S. 387.), wie ich denke, evident dargethan, daß die Vorrechte von vier Kindern dem Bürger einer Stadt mit Italischem Recht nur dann zustanden, wenn er dort auch sein Domicil hatte, daß sie also keinesweges an seiner Person hafteten. Der einzige Grund, den Walter dagegen auch in der 2ten Ausgabe seiner Rechtsgeschichte Th. I. S. 356. anführt, verschwindet bei näherer Ueberlegung leicht. Denn wenn Gajus, wie fr. 7. D. de censibus (4., 15.) zeigt, in seinem Commentar über das Papische Gesetz auf das jus Italicum zu sprechen kam, so konnte er dieß

eben nur deßhalb thun, weil die Vorrechte desselben, wie sie in Italien bestanden, den Bürgern einer Stadt mit Italischem Recht entweder gar nicht oder nur dann zukamen, wenn sie in derselben wirklich wohnten. Von den beiden Lateinischen Inschriften hat Hr. v. Savigny die eine als auf das jus Italicum bezüglich anerkannt; er erklärt aber den Ausdruck derselben, den er durch eine Art von Ellipse erläutert, für individuell und abweichend von der herrschenden Kunstsprache. Hr. Walter ist dadurch nicht überzeugt worden: er bezieht auch in der neuen Ausgabe seiner Rechtsgeschichte beide Inschriften auf das jus Italicum und folgert daraus seine persönliche Bedeutung.

Im Folgenden will ich es versuchen, jene beiden Inschriften zu verbessern und zu erläutern. Es wird sich dabei außer einem negativen Resultat für die Frage vom jus Italicum zugleich ergeben, wie unsicher bis jetzt die Benutzung der Lateinischen Inschriften für Untersuchungen über Römische Antiquitäten überhaupt ist.

Beide Inschriften sind gefunden nicht weit von Vienne, dem alten Vienna Allobrogum, einer Colonie, die, wie wir aus Paulus L. 8. §. 1. de censibus (L., 15.) wissen, das jus Italicum hatte: sie stehen auf Grabdenkmälern: über der Schrift der ersteren ist die Abbildung eines Reiters in seiner militairischen Rüstung mit seinem Knechte. Sie werden in Gruter's Corpus inscriptionum, die erste p. 542., 7., die andere p. 541., 8. folgendermaßen mitgetheilt:

1.

T. F. VERECVND
MAG. EQVES. ALAE
I. FLA. AVG. BRIT. ∞
C. R. IVR. ITALICI. AN
XXXX. S. XIX. ISES. PRO
TE. PRISCINVS. VEX
ET. INGENVS. HERED

2.

T. FL. BARBI. V
ETER. ALAE. I. FL
AVG. BRIT.
∞ . C. R. LICI
MEMOR. FR
ATRI. SVO. POSIT

Auf der ersteren wird ganz offenbar das jus Italicum erwähnt, und daher haben weder Scaliger und Gudius in der zweiten Ausgabe von Gruter, noch Marini in den Atti dei frat. Arv. p. 476. und Orelli in seiner Collectio amplissima n. 3041. Anstand genommen, dasselbe auch auf der zweiten zu erkennen. Gruter theilt beide mit, wie er selber angiebt, „ex Lipsio et Clusii schedis“. Die Papiere von de l'Ecluse sind uns nur aus der Schilderung, die Christ. Saxius in seinem Buche: Lapidum vetustorum epigrammata et periculum animadversionum in aliquot classica marmorum συντάγματα (Lipsiae 1746) p. 5. davon giebt, bekannt, und aus den Auszügen daraus, die er zur Verbesserung einzelner Inschriften von Gruter benutzt. Sie waren sehr werthvoll und genau. Leider aber theilt Saxe a. a. O. S. 40. aus diesen Papieren über die Inschrift Nr. 2. nichts, über die Nr. 1. nur die Varianten der 2ten, 3ten und 6ten Zeile mit. Es ergiebt sich daraus, daß Z. 2. EQVES unsicher ist; ein Bruch im Steine hat die beiden letzten Buchstaben vernichtet und es kann eben so gut EQVITI gestanden haben. Außerdem hat de l'Ecluse

Z. 6. FR statt TR. Daß er im Uebrigen mit dem Texte bei Gruter übereinstimmte, läßt sich nicht annehmen; sondern nur, daß seine etwanigen Abweichungen nicht unmittelbaren Anlaß zu einer Verbesserung gaben; denn Saxius hat, wie erwähnt, nur die Absicht, Einzelnes daraus anzuführen.

Ausführlicher sind wir über Lipsius' Autorität berichtet. Derselbe theilt nämlich beide Inschriften mit aus eigener Ansicht in dem Auctarium inscriptionum veterum, dem Anhange zu des Martin Smetius' inscriptiones antiquae, p. 44., und sie lauten bei ihm folgendermaßen:

1.	2.
T. F. VERECVND	T. FL. BARSI. V
MAC. EQVES. ALAE	ETER. ALAE. FEL.
I. FLA. AVG. BRIT. ∞	AVG. BRIT
C. R. IVS. IIALICI AN	∞ . C. R. LICI
XXXX. S. XIX. ISES. PRO	MEMOR. FR
TR. PRISCINVS. VEX	ATRI. SVO. POSIT
FINCENVS. HERED.	

Man erkennt, daß die Abschriften von Lipsius, wenn auch nicht ganz mit der wünschenswerthen Genauigkeit, doch in so fern getreu gemacht sind, als er sich nicht durch vermeintes Verständniß verleiten ließ, das auf dem Stein Gelesene eigenmächtig zu verbessern; sonst würde er in Nr. 1. schwerlich Z. 4. IIALICI und Z. 7. FINCENVS haben stehen lassen. Auch führt er zu Nr. 1. Z. 5. zu ISES als varians lectio selber I. SES am Rande an. Ich trage also kein Bedenken, von diesen Abschriften von

1.	2.
T. F. VERECVND	T. FL. BARSI. V
MAG. EQVES. ALAE	ETER. ALAE. I. FL
I. FLA. AVG. BRIT. ∞	AVG. BRIT.
C. R. IVR. ITALICI. AN	∞ . C. R. LICI
XXXX. S. XIX. ISES. PRO	MEMOR. FR
TE. PRISCINVS. VEX	ATRI. SVO. POSIT
ET. INGENVS. HERED	

Auf der ersteren wird ganz offenbar das jus Italicum erwähnt, und daher haben weder Scaliger und Gudius in der zweiten Ausgabe von Gruter, noch Marini in den Atti dei frat. Arv. p. 476. und Orelli in seiner Collectio amplissima n. 3041. Anstand genommen, dasselbe auch auf der zweiten zu erkennen. Gruter theilt beide mit, wie er selber angiebt, „ex Lipsio et Clusii schedis". Die Papiere von de l'Ecluse sind uns nur aus der Schilderung, die Christ. Saxius in seinem Buche: Lapidum vetustorum epigrammata et periculum animadversionum in aliquot classica marmorum συντάγματα (Lipsiae 1746) p. 5. davon giebt, bekannt, und aus den Auszügen daraus, die er zur Verbesserung einzelner Inschriften von Gruter benutzt. Sie waren sehr werthvoll und genau. Leider aber theilt Saxe a. a. O. S. 40. aus diesen Papieren über die Inschrift Nr. 2. nichts, über die Nr. 1. nur die Varianten der 2ten, 3ten und 6ten Zeile mit. Es ergiebt sich daraus, daß Z. 2. EQVES unsicher ist; ein Bruch im Steine hat die beiden letzten Buchstaben vernichtet und es kann eben so gut EQVITI gestanden haben. Außerdem hat de l'Ecluse

Z. 6. FR statt TR. Daß er im Uebrigen mit dem Texte bei Gruter übereinstimmte, läßt sich nicht annehmen; sondern nur, daß seine etwanigen Abweichungen nicht unmittelbaren Anlaß zu einer Verbesserung gaben; denn Saxius hat, wie erwähnt, nur die Absicht, Einzelnes daraus anzuführen.

Ausführlicher sind wir über Lipsius' Autorität berichtet. Derselbe theilt nämlich beide Inschriften mit aus eigener Ansicht in dem Auctarium inscriptionum veterum, dem Anhange zu des Martin Smetius' inscriptiones antiquae, p. 44., und sie lauten bei ihm folgendermaßen:

1.	2.
T. F. VERECVND	T. FL. BARSI. V
MAC. EQVES. ALAE	ETER. ALAE. FEL.
I. FLA. AVG. BRIT. ꟿ	AVG. BRIT
C. R. IVS. IIALICI AN	ꟿ. C. R. LICI
XXXX. S. XIX. ISES. PRO	MEMOR. FR
TR. PRISCINVS. VEX	ATRI. SVO. POSIT
PINCENVS. HERED.	

Man erkennt, daß die Abschriften von Lipsius, wenn auch nicht ganz mit der wünschenswerthen Genauigkeit, doch in so fern getreu gemacht sind, als er sich nicht durch vermeintes Verständniß verleiten ließ, das auf dem Stein Gelesene eigenmächtig zu verbessern; sonst würde er in Nr. 1. schwerlich Z. 4. IIALICI und Z. 7. PINCENVS haben stehen lassen. Auch führt er zu Nr. 1. Z. 5. zu ISES als varians lectio selber L. SES am Rande an. Ich trage also kein Bedenken, von diesen Abschriften von

Lipsius anszugeben. Ich bemerke noch, daß die erste Inschrift etwas verwittert und die Buchstaben vielfach in einander verschlungen waren. So schreibt Lipsius selber Z. 2. MA, Z. 3. AV, Z. 4. AN, Z. 6. TE in einem Schriftzeichen; er würde noch mehr in zusammengezogenen Zeichen haben schreiben müssen, hätten ihm beim Drucke die nöthigen Zeichen zu Gebote gestanden. Denn aus Saxe's Angaben wissen wir, daß auch Z. 2. AE und Z. 3. LA in einander gezogen waren; daher denn auch kein Zweifel seyn kann, daß Z. 5. statt ISES oder R. SES zu lesen ist HSEST, d. h. hic situs est, wie schon Saxe verbesserte.

Für die Emendation des Uebrigen fange ich nun bei der zweiten, als der leichteren Inschrift, an. Es ist dort Z. 2. aus Nr. 1. Z. 3. zu verbessern ALAE. I. FL, und wahrscheinlich fand Gruter auch so in den Papieren des de l'Ecluse, da weder er ohnedem eine solche Emendation gemacht, noch Saxe eine solche Abweichung übergangen haben würde. Dadurch erhalten wir einen veteranus alae primae Flaviae Augustae Britannicae miliariae. Nichts natürlicher ferner, als daß C. R. erklärt wird civium Romanorum. Denn die cohortes und alae civium Romanorum sind bekannt und vielfach erwähnt. Einer weitern Auseinandersetzung darüber überhebt mich Marini in den Atti dei fratelli Arvali p. 435., der ausführlich über die cohortes civium Romanorum und voluntariorum und voluntariorum civium Romanorum und Italicorum voluntariorum und ingenuorum und ingenuorum civium

Romanorum gesprochen hat: er beweist, daß sie verschieden waren von den städtischen und prätorischen Cohorten. Weiter gehend sagt Borghesi in seiner vortrefflichen Abhandlung Sulle Iscrizioni romane del Reno (in den Annali des archäologischen Instituts Vol. XI. p. 137.), daß alle diese verschiedenen Ausdrücke nur eine und dieselbe Sache bezeichnen, der vollständige Name, wie er sich auch auf einer Inschrift bei Kellermann Vigiles Rom. n. 269. findet, sey cohortes Italicae civium Romanorum, und beliebig sey einer oder der andre dieser Beinamen hinzugesetzt oder ausgelassen worden. Der eigentlich officielle Name war indessen, denke ich, nur civium Romanorum cohortes oder alae (denn beide stehen einander in dieser Beziehung ganz gleich); die besondere Eitelkeit der Soldaten oder Befehlshaber setzte am häufigsten voluntariorum, seltener ingenuorum oder Italicorum hinzu. In den Militair-Diplomen, wo öfters cohortes und alae civium Romanorum erwähnt werden, wird nie Italicorum, ingenuorum oder voluntariorum hinzugefügt. Nämlich voluntarii waren alle in Italien ausgehobenen Soldaten, wenigstens die, welche nicht in den prätorischen Cohorten dienten; ingenui aber waren in der Regel alle Soldaten; nur in sehr seltenen Fällen, wo große Noth war, entschloß man sich dazu, Freigelassene zum Kriegsdienst zuzulassen. Endlich, wo cohortes oder alae von Römischen Bürgern nicht aus Italien, sondern aus den Provinzen gemeint werden, wird stets der Name des Volkes oder der Provinz, aus der sie stammen, hinzugesetzt, z. B. cohors I Hispanorum

XV civium Romanorum, cohors I Thracum civium Romanorum, cohors VIII Raetorum civium Romanorum auf einem Militair-Diplome Trajan's bei Arneth Zwölf Römische Militair-Diplome (Wien 1843) S. 13. Danach wird es nun keinem gegründeten Bedenken unterliegen, daß Z. 4. statt LICI zu lesen ist INGE oder d. h. ingenuorum, oder vielmehr INGEN. Während nämlich Lipsius bei der dritten Zeile nicht bemerkt, daß sie unvollständig sey, bemerkt Gruter dieß: er kann es also nur aus der Abschrift des de l'Ecluse genommen haben. Ist aber Z. 3. unvollständig, so ist auch die Annahme, daß Z. 4. ein Buchstabe verloren gegangen sey, wahrscheinlich.

Hiermit ist die erste Inschrift verbessert und verständlich gemacht: ich komme zur zweiten, die *einen ganz verwandten* Inhalt hat. Zuvörderst ist *es klar, daß* Z. 2 MAC, wie Lipsius hat, und nicht MAG, wie bei Gruter steht, zu lesen ist: es wird Macedonien als Vaterland des Soldaten angegeben. Freilich hat auch die Abschrift von de l'Ecluse MAG, dieß beweist aber nur, daß C und G auf der Inschrift schwer zu unterscheiden waren, wie denn auch Z. 7. Lipsius FINCENVS hat, wo offenbar ET (in einem Zeichen) INGENVS (statt INGENVVS) gestanden hat. Ferner verbessere ich nun Z. 4. statt IVS II ALICI, wie Lipsius giebt, nach Nr. 2. ING. ITALIC, indem ich annehme, daß I, was Lipsius noch hinzufügt, aus der etwas herumgezogenen Form von C und einem Punkt entstanden ist, und zwar war die Täuschung um so leichter, als man auch in Nr. 2. LICI zu

lesen glaubte. Wir erhalten hier also ganz denselben Truppentheil, wie in Nr. 2., nämlich die **ala prima Flavia Augusta Britannica miliaria civium Romanorum ingenuorum Italicorum**, nur daß mit etwas größerer Eitelkeit noch der letzte Beiname hinzugefügt wird.

Die Erwähnung des jus Italicum ist aus beiden Inschriften verschwunden, auch gezeigt, daß eine genau nach den uns erhaltenen Abschriften angestellte Verbesserung sie nicht hineinbringen darf. Es bleibt noch übrig, die von mir vorgeschlagene Lesart durch einige Erläuterungen zu begründen. Ich bin nicht im Stande, jene ala I Flavia Aug. Britannica anderswo nachzuweisen, noch auch eine Inschrift anzuführen, wo auf gleiche Weise eine cohors oder ala civium Romanorum ingenuorum Italicorum erwähnt würde; da indessen diese Beinamen beliebig entweder einzeln oder mehrere, z. B. Italicorum voluntariorum, hinzugesetzt worden, darf es nicht zweifelhaft seyn, daß auch ingenuorum Italicorum gesagt worden ist und nur der Zufall uns keine Spur davon gelassen hat. Indessen es fragt sich erstens, wie passen die Beinamen Britannica und civium Romanorum Italicorum zusammen, und dann, wie kam Verecundus, ein Macedonier von Geburt, dazu, in einem Truppentheil zu dienen, der aus Römischen Bürgern Italiens bestand.

Auf die erste Frage ist die Antwort folgende. Wenn die abgesonderten Truppencorps der cohortes und alae aus Römischen Bürgern der Provinzen gebildet wurden, so war es, wie oben bemerkt, Sitte, den Namen der

Provinz oder Völkerschaft, aus der sie stammten, im Genitiv hinzuzusetzen. Anders aber verhält es sich mit den adjectivischen Beinamen. Wie die cohortes und alae, gleich den Legionen, Beinamen von Kaisern erhalten, wie sie piae, fideles, victrices genannt werden, so bekommen sie auch von den Ländern, in denen sie gedient und sich ausgezeichnet haben, Namen, z. B. in dem Militair-Diplome des Kaisers Trajan bei Arneth p. 44. wird eine cohors I Lusitanorum Cyrenaica, die damals im untern Mösien stand, erwähnt: sie bestand aus Lusitaniern, hatte aber von Cyrene ihren Beinamen erhalten. Dieselbe Cohorte wird auf einem Diplome von Nero bei Arneth p. 27. bloß als cohors I Lusitanorum, in Illyricum stehend, angeführt, so daß sie also unter Vespasian in Cyrene gedient hat und erst wieder von Trajan beim Ausbruch des Dacischen Krieges in die alten Quartiere zurückberufen wurde. Aehnlich wird in einem andern Diplome Trajan's bei Arneth p. 49. eine cohors II Gallorum Macedonica erwähnt, und es ist kein Zweifel, daß die cohors III Cypria civium Romanorum, die ebendaselbst vorkommt, nicht daher ihren Namen hat, weil sie aus Römischen Bürgern der Insel Cypern gebildet war, sondern weil sie in Cypern gestanden hatte. So hieß also auch die in unsern Inschriften erwähnte ala I civium Romanorum mit Beinamen Britannica, weil sie in Britannien gedient hatte, ähnlich wie in dem zuletzt angeführten Diplome Trajan's eine cohors I Britannica miliaria civium Romanorum genannt wird.

Ich glaube sicher, daß die Einwohner Italiens erst seit Vespasian anfingen, in größeren Massen als Soldaten einzutreten und abgesonderte Truppenabtheilungen zu bilden: bei der Ruhe, die bis zum Bürgerkriege des Vitellius geherrscht hatte, war in Italien kein Bedürfniß zu kriegerischer Anstrengung gewesen; selbst aus den von Borghesi a. a. O. beigebrachten Notizen ergiebt sich dieß. Auch ist mir keine Erwähnung von cohortes oder alae civium Romanorum vor dieser Zeit bekannt. Deßhalb hat also Vespasian, der die Untersochung Britanniens wieder ernstlicher zu betreiben anfing (Tacit. Agric. c. 18.), die in unsern beiden Inschriften erwähnte Reiterabtheilung von 1000 Mann aus der freiwilligen jungen Mannschaft Italiens gebildet. Sie zeichnete sich aus und erwarb die Beinamen Flavia Augusta. Man vergleiche die drei sehr interessanten Inschriften von Reiterabtheilungen, die ebenfalls in Britannien wegen Tapferkeit den Beinamen Augusta erhielten, bei Gruter p. 1006., 8. und p. 1007., 3. und Donat. p. 173., 3. (Orell. n. 3412.). Indessen der Krieg war anstrengend und kostete viel Menschen: Italien, das die Abtheilung Anfangs gestellt hatte, konnte nicht auch die Ergänzungen liefern; man nahm also brauchbare Leute, wo man sie fand. Denn die ursprünglich aus Römischen Bürgern gebildeten besondern Truppentheile der cohortes und alae blieben keineswegs für immer nur Römischen Bürgern zum Dienste offen. Nur die Legionen hielten sich von Nicht-Bürgern frei, und es wäre ein Verkennen Römischer Sitte und Römischer

Kriegsgesetze, mit den neusten Antiquaren (z. B. Walter in seiner Rechtsgeschichte Th. 1. S. 410.) anzunehmen, daß die Legionen nicht ganz und gar aus Bürgern bestanden hätten. Indessen jene cohortes und alae civium Romanorum, die eben deßhalb von den Legionen gesondert waren, ergänzten sich aus Freiwilligen, mochten sie Bürger oder nicht Bürger seyn. Dieß beweisen vor Allem die Soldatenabschiede, in denen seit Titus (s. Arneth S. 33.) sehr häufig Soldaten aus solchen Abtheilungen bei ihrer Entlassung das Bürgerrecht ertheilt wird. Wenn aber Nicht-Bürger in eine cohors civium Romanorum Italicorum eintreten konnten, weßhalb nicht noch viel mehr Bürger aus den Provinzen? Denn wohl möglich, daß die in unsern Inschriften erwähnten Flavius Verecundus und Flavius Barsus von Hause aus Römische Bürger waren, daß sie aus einer Colonie oder einem Municipium stammten, oder ihre Eltern oder Voreltern von einem der Flavischen Kaiser das Bürgerrecht erhalten hatten. Ich bin indessen mehr zu der Annahme geneigt, daß die Inschriften aus den Zeiten der Flavier selber herrühren, daß beide Soldaten der Geburt nach Nicht-Bürger waren, und als solche bei der ala I Britannica eintraten, daß sie aber das Bürgerrecht später, der eine nach überstandener Dienstzeit, der andere wegen besonderer Verdienste erhielten. Nur so kann ich mir die augenfällige Eitelkeit erklären, mit der sie die Beinamen ihrer ala anführen und erwähnen, daß sie unter Italischen Bürgern und zwar unter Freigeborenen gedient hätten.

Es bleiben noch zwei Stellen der ersten Inschrift übrig, die einer Verbesserung bedürfen. Z. 2. hat die Abschrift des de l'Ecluse, wie schon oben gesagt, nicht EQVES, sondern EQV und dann eine etwas größere Lücke, als von zwei Buchstaben ausgefüllt wird. Es muß wohl EQVITI heißen. Denn es ist auffallend, weßhalb der Name VERECVNDVS nicht ausgeschrieben wird, wie Z. 6. PRISCINVS und Z. 7. INGENVVS. Es ist wahrscheinlich, daß VERECVNDO da stand, d. h. der letzte Buchstabe O nach der Art, wie es häufig auf Inschriften ist, und wie in dieser selbst Z. 3. LA. geschrieben steht, in das Zeichen D hineingesetzt, wo er dann sehr leicht übersehen werden konnte. Ferner Z. 5. wird PROTE von Scaliger erklärt protector, von Orelli als Name der Frau des Flavius Verecundus verstanden. Das erste wird Niemand billigen, das zweite ist wegen Auslassung der Conjunction et und weil die nähere Bezeichnung UXOR fehlt, wenig wahrscheinlich. Und wirklich hat ja auch die Abschrift des de l'Ecluse Z. 6. nicht TE, sondern FR, woraus Saxe pro fratre erklärt. Dieß würde den Sinn geben, daß Priscinus und Ingenuus dieß Denkmal errichtet hätten statt des Bruders von Verecundus, in dessen Auftrage. Indessen der Name dieses Bruders fehlt, überdem ist auch die Abkürzung FR. statt frater ungewöhnlich, zumal in der vorliegenden Inschrift. Ich ziehe es daher vor, etwas kühner zu verfahren, indem ich nur einen Theil der Lesart von de l'Ecluse annehme, und Z. 5. statt PRO lese FRA, Z. 6. TRI, diese drei Buchstaben in ein Zeichen zusammengezogen.

Ich setze nun die beiden, zwar nicht mehr das jus Italicum erwähnenden, aber doch sonst mannigfach interessanten Inschriften, wie sie verbessert lauten:

1.	2.
T. F. VERECVNDO	T. FL. BARSI. V
MAC. EQVITI. ALAE	ETER. ALAE. I. FL.
I. FLA. AVG. BRIT. ↀ	AVG. BRITAN
C. R. ING. ITALIC. AN	ↀ . C. R. INGEN
XXXX. S. XIX. H. SEST. FRA	MEMOR. FR
TRI. PRISCINVS. VEX.	ATRI. SVO. POSIT.
ET. INGENVS. HERED	

Andere Erwähnungen des jus Italicum auf Inschriften sind mir nicht bekannt, und glaube ich auch nicht, daß sie gefunden werden, oder zur Bezeichnung eines persönlichen Rechtes gefunden werden können. Verschieden aber ist es, wenn Jemand civis Italicus genannt wird: das mag in späterer Zeit vorkommen, aber nicht zur Bezeichnung eines Bürgers, der Italisches Recht hat, sondern eines aus Italien gebürtigen.

Das Vorstehende war geschrieben im Anfange d. J. Auf Veranlassung des Hrn. Prof. Rudorff, der bei so wichtigen Inschriften die größtmögliche Sicherheit erreicht zu sehen wünschte, wandte ich mich darauf durch die Vermittelung des Hrn. Egger in Paris an Hrn. Delorme, Conservator des Museums von Vienne, in

welcher Stadt die beiden Inschriftensteine angeblich gefunden seyn sollten. Ich erhielt von ihm folgende Antwort:

„Die fraglichen Steine existiren weder in Vienne noch in der Umgegend. Ich füge hinzu, daß ich sie immer als nicht zu unserer Gegend gehörig betrachtet habe, trotz der Angabe bei Gruter und trotz der Worte, die sich in beiden finden, C. R. IVR. ITALICI, welche ausdrücken, daß die Colonie Vienne dieses Italische Recht erhalten hatte. Meine Gründe sind folgende: 1) Im Gruter liest man über der ersten: Extra Viennam apud flumen Viennam. Wir haben weder in Vienne noch in den Umgebungen in großer Entfernung irgend ein Wasser dieses Namens, weßhalb anzunehmen ist, daß Gruter eine andere Stadt des Landes der Allobroger bezeichnen wollte. 2) Die alten Sammler der Inschriften unserer Stadt, z. B. Chorier und Dubois, führen diese Inschriften nicht an, obwohl Chorier wenigstens in seinen Recherches sur les antiquités de Vienne sonst mehrere Inschriften aus Gruter anführt."

Zu diesen Bemerkungen des Hrn. Delorme fügt Hr. Egger seinerseits hinzu, daß er in dem Index absolutissimus von Seguier in der Königl. Bibliothek in Paris, der die Anfänge aller zu seiner Zeit bekannten Lateinischen Inschriften nach alphabetischer Ordnung, nebst Angabe des Fundortes und der Herausgeber, zusammengestellt hat, diese beiden Inschriften gesucht habe, um daraus vielleicht etwas Näheres zu erfahren. In-

dessen sie sind in demselben nicht verzeichnet, und Hr. Egger kommt dadurch auf den Verdacht, sie seyen unächt; denn Seguier pflegte Inschriften, die er für unächt hielt, auszulassen.

Jedoch ein solcher Zweifel an der Aechtheit der Inschriften kann dem, der die Quellen, aus denen Gruter sie genommen hat, verglichen, nicht in den Sinn kommen. Lipsius sagt ausdrücklich, er habe sie selber gesehen, und von Clusius' Abschrift haben wir durch Saxe Nachricht. Deßhalb schlug ich noch einmal Lipsius' Auctarium zu Smetius' Inschriftensammlung nach, der bei beiden Steinen als Fundort Vienna ad flumen Viennam angiebt, während Gruter bei dem zweiten ad flumen Viennam ausläßt. Ich überzeugte mich bald, daß er unter Vienna Wien versteht. Wie mehrere Inschriftensammler es gethan, *nennt er überall* in seinem Auctarium Wien Vienna, d. h. außer bei unsern beiden Inschriften noch p. 30. und p. 46. Ueberdem passen auch die Zusammenziehungen der Buchstaben, wie sie in unsern beiden Inschriften vorkommen, am meisten für Deutsche Inschriften.

Aus diesen Gründen überzeugt, daß beide vollkommen ächt, aber nach Wien gehörig wären, wandte ich mich an Hrn. Joh. Bergmann, K. K. Rath und Custos an der Bibliothek in Wien, und erhielt von ihm folgende gütige Auskunft:

„Gleich nachdem ich die beiden Inschriften im Gruter nachgeschlagen, überzeugte ich mich, daß nur von

Wien am kleinen, aber oft tollen Wienflusse die Rede seyn kann. Carl Clusius (Charles de l'Ecluse), ein Landsmann von Busbek, Janus Gruterus, Stephan Venandus Pighius, hat mit allem Fleiße Inschriften gesammelt. Clusius war Director des botanischen Gartens im kaiserl. Lustschlosse Kaiser-Ebersdorf, das im zweiten Türkenkriege so viel gelitten hat, indem es unweit der Heerstraße gegen Ungarn gelegen ist. Bald nach des Kaiser Maximilian's Tode († 12. Oct. 1576) verließ er Oesterreich, war 1593 Prof. der Botanik zu Leiden, wo er im J. 1609, 4. April, starb. Auch Justus Lipsius war zur Zeit von Busbek, Clusius, Sambucus auf einige Zeit hier und mochte wohl zugleich sich mit Sammeln von Inschriften beschäftigen. Daß Clusius beide Inschriften gesehen und copirt hat, ist gar nicht zu bezweifeln. Diese Steine hatten aber das Schicksal, wie so vieles Andere aus dem Alterthume: sie gingen entweder durch Gewalt oder durch Sorglosigkeit zu Grunde. Ja, mehrere Inschriften, die man durch Clusius kannte und die dann untergegangen waren, sind in ganz neuer Zeit wieder ausgegraben worden. Die vielen Baulichkeiten nach der zweiten Belagerung Wiens durch die Türken im Jahre 1683 haben so Manches für immer verschlungen."

Die Hoffnung also, die Originale dieser, angeblich auf das jus Italicum bezüglichen Inschriften vergleichen zu können, beruht auf dem zuweilen, aber doch immer selten vorkommenden Zufalle, daß sie von Neuem auf-

x civium Romanorum, cohors I Thracum civium Romanorum, cohors VIII Raetorum civium Romanorum auf einem Militair-Diplome Trajan's bei Arneth Zwölf Römische Militair-Diplome (Wien 1843) S. 13. Danach wird es nun keinem gegründeten Bedenken unterliegen, daß Z. 4. statt LICI zu lesen ist INGE oder d. h. ingenuorum, oder vielmehr INGEN. Während nämlich Lipsius bei der dritten Zeile nicht bemerkt, daß sie unvollständig sey, bemerkt Gruter dieß: er kann es also nur aus der Abschrift des de l'Ecluse genommen haben. Ist aber Z. 3. unvollständig, so ist auch die Annahme, daß Z. 4. ein Buchstabe verloren gegangen sey, wahrscheinlich.

Hiermit ist die erste Inschrift verbessert und verständlich gemacht: ich komme zur zweiten, die einen ganz verwandten Inhalt hat. Zuvörderst ist es klar, daß Z. 2. MAC, wie Lipsius hat, und nicht MAG, wie bei Gruter steht, zu lesen ist: es wird Macedonien als Vaterland des Soldaten angegeben. Freilich hat auch die Abschrift von de l'Ecluse MAG, dieß beweist aber nur, daß C und G auf der Inschrift schwer zu unterscheiden waren, wie denn auch Z. 7. Lipsius FINCENVS hat, wo offenbar ET (in einem Zeichen) INGENVS (statt INGENVVS) gestanden hat. Ferner verbessere ich nun Z. 4. statt IVS II ALICI, wie Lipsius giebt, nach Nr. 2. ING. ITALIC, indem ich annehme, daß I, was Lipsius noch hinzufügt, aus der etwas herumgezogenen Form von C und einem Punkt entstanden ist, und zwar war die Täuschung um so leichter, als man auch in Nr. 2. LICI zu

lesen glaubte. Wir erhalten hier also ganz denselben Truppentheil, wie in Nr. 2., nämlich die ala prima Flavia Augusta Britannica miliaria civium Romanorum ingenuorum Italicorum, nur daß mit etwas größerer Eitelkeit noch der letzte Beiname hinzugefügt wird.

Die Erwähnung des jus Italicum ist aus beiden Inschriften verschwunden, auch gezeigt, daß eine genau nach den uns erhaltenen Abschriften angestellte Verbesserung sie nicht hineinbringen darf. Es bleibt noch übrig, die von mir vorgeschlagene Lesart durch einige Erläuterungen zu begründen. Ich bin nicht im Stande, jene ala I Flavia Aug. Britannica anderswo nachzuweisen, noch auch eine Inschrift anzuführen, wo auf gleiche Weise eine cohors oder ala civium Romanorum ingenuorum Italicorum erwähnt würde; da indessen diese Beinamen beliebig entweder einzeln oder mehrere, z. B. Italicorum voluntariorum, hinzugesetzt worden, darf es nicht zweifelhaft seyn, daß auch ingenuorum Italicorum gesagt worden ist und nur der Zufall uns keine Spur davon gelassen hat. Indessen es fragt sich erstens, wie passen die Beinamen Britannica und civium Romanorum Italicorum zusammen, und dann, wie kam Verecundus, ein Macedonier von Geburt, dazu, in einem Truppentheil zu dienen, der aus Römischen Bürgern Italiens bestand.

Auf die erste Frage ist die Antwort folgende. Wenn die abgesonderten Truppencorps der cohortes und alae aus Römischen Bürgern der Provinzen gebildet wurden, so war es, wie oben bemerkt, Sitte, den Namen der

Provinz oder Völkerschaft, aus der sie stammten, im Genitiv hinzuzusetzen. Anders aber verhält es sich mit den adjectivischen Beinamen. Wie die cohortes und alae, gleich den Legionen, Beinamen von Kaisern erhalten, wie sie piae, fideles, victrices genannt werden, so bekommen sie auch von den Ländern, in denen sie gedient und sich ausgezeichnet haben, Namen, z. B. in dem Militair-Diplome des Kaisers Trajan bei Arneth p. 44. wird eine cohors I Lusitanorum Cyrenaica, die damals im untern Mösien stand, erwähnt: sie bestand aus Lusitaniern, hatte aber von Cyrene ihren Beinamen erhalten. Dieselbe Cohorte wird auf einem Diplome von Nero bei Arneth p. 27. bloß als cohors I Lusitanorum, in Illyricum stehend, angeführt, so daß sie also unter Vespasian in Cyrene gedient hat und erst wieder von Trajan beim Ausbruch des Dacischen Krieges in die alten Quartiere zurückberufen wurde. Aehnlich wird in einem andern Diplome Trajan's bei Arneth p. 49. eine cohors II Gallorum Macedonica erwähnt, und es ist kein Zweifel, daß die cohors III Cypria civium Romanorum, die ebendaselbst vorkommt, nicht daher ihren Namen hat, weil sie aus Römischen Bürgern der Insel Cypern gebildet war, sondern weil sie in Cypern gestanden hatte. So hieß also auch die in unsern Inschriften erwähnte ala I civium Romanorum mit Beinamen Britannica, weil sie in Britannien gedient hatte, ähnlich wie in dem zuletzt angeführten Diplome Trajan's eine cohors I Britannica miliaria civium Romanorum genannt wird.

Ich glaube sicher, daß die Einwohner Italiens erst seit Vespasian anfingen, in größeren Massen als Soldaten einzutreten und abgesonderte Truppenabtheilungen zu bilden: bei der Ruhe, die bis zum Bürgerkriege des Vitellius geherrscht hatte, war in Italien kein Bedürfniß zu kriegerischer Anstrengung gewesen; selbst aus den von Borghesi a. a. O. beigebrachten Notizen ergiebt sich dieß. Auch ist mir keine Erwähnung von cohortes oder alae civium Romanorum vor dieser Zeit bekannt. Deßhalb hat also Vespasian, der die Unterjochung Britanniens wieder ernstlicher zu betreiben anfing (Tacit. Agric. c. 18.), die in unsern beiden Inschriften erwähnte Reiterabtheilung von 1000 Mann aus der freiwilligen jungen Mannschaft Italiens gebildet. Sie zeichnete sich aus und erwarb die Beinamen Flavia Augusta. Man vergleiche die drei sehr interessanten Inschriften von Reiterabtheilungen, die ebenfalls in Britannien wegen Tapferkeit den Beinamen Augusta erhielten, bei Gruter p. 1006., 8. und p. 1007., 3. und Donat. p. 173., 3. (Orell. n. 3412.). Indessen der Krieg war anstrengend und kostete viel Menschen: Italien, das die Abtheilung Anfangs gestellt hatte, konnte nicht auch die Ergänzungen liefern; man nahm also brauchbare Leute, wo man sie fand. Denn die ursprünglich aus Römischen Bürgern gebildeten besondern Truppentheile der cohortes und alae blieben keineswegs für immer nur Römischen Bürgern zum Dienste offen. Nur die Legionen hielten sich von Nicht-Bürgern frei, und es wäre ein Verkennen Römischer Sitte und Römischer

Kriegsgesetze, mit den neusten Antiquaren (z. B. Walter in seiner Rechtsgeschichte Th. 1. S. 410.) anzunehmen, daß die Legionen nicht ganz und gar aus Bürgern bestanden hätten. Indessen jene cohortes und alae civium Romanorum, die eben deßhalb von den Legionen gesondert waren, ergänzten sich aus Freiwilligen, mochten sie Bürger oder nicht Bürger seyn. Dieß beweisen vor Allem die Soldatenabschiede, in denen seit Titus (s. Arneth S. 33.) sehr häufig Soldaten aus solchen Abtheilungen bei ihrer Entlassung das Bürgerrecht ertheilt wird. Wenn aber Nicht-Bürger in eine cohors civium Romanorum Italicorum eintreten konnten, weßhalb nicht noch viel mehr Bürger aus den Provinzen? Denn wohl möglich, daß die in unsern Inschriften erwähnten Flavius Verecundus und Flavius Barsus von Hause aus Römische Bürger waren, daß sie aus einer Colonie oder einem Municipium stammten, oder ihre Eltern oder Voreltern von einem der Flavischen Kaiser das Bürgerrecht erhalten hatten. Ich bin indessen mehr zu der Annahme geneigt, daß die Inschriften aus den Zeiten der Flavier selber herrühren, daß beide Soldaten der Geburt nach Nicht-Bürger waren, und als solche bei der ala I Britannica eintraten, daß sie aber das Bürgerrecht später, der eine nach überstandener Dienstzeit, der andere wegen besonderer Verdienste erhielten. Nur so kann ich mir die augenfällige Eitelkeit erklären, mit der sie die Beinamen ihrer ala anführen und erwähnen, daß sie unter Italischen Bürgern und zwar unter Freigeborenen gedient hätten.

Es bleiben noch zwei Stellen der ersten Inschrift übrig, die einer Verbesserung bedürfen. Z. 2. hat die Abschrift des de l'Ecluse, wie schon oben gesagt, nicht EQVES, sondern EQV und dann eine etwas größere Lücke, als von zwei Buchstaben ausgefüllt wird. Es muß wohl EQVITI heißen. Denn es ist auffallend, weßhalb der Name VERECVNDVS nicht ausgeschrieben wird, wie Z. 6. PRISCINVS und Z. 7. INGENVVS. Es ist wahrscheinlich, daß VERECVNDO da stand, d. h. der letzte Buchstabe O nach der Art, wie es häufig auf Inschriften ist, und wie in dieser selbst Z. 3. LA. geschrieben steht, in das Zeichen D hineingesetzt, wo er dann sehr leicht übersehen werden konnte. Ferner Z. 5. wird PROTE von Scaliger erklärt protector, von Orelli als Name der Frau des Flavius Verecundus verstanden. Das erste wird Niemand billigen, das zweite ist wegen Auslassung der Conjunction et und weil die nähere Bezeichnung UXOR fehlt, wenig wahrscheinlich. Und wirklich hat ja auch die Abschrift des de l'Ecluse Z. 6. nicht TE, sondern FR, woraus Saxe pro fratre erklärt. Dieß würde den Sinn geben, daß Priscinus und Ingenuus dieß Denkmal errichtet hätten statt des Bruders von Verecundus, in dessen Auftrage. Indessen der Name dieses Bruders fehlt, überdem ist auch die Abkürzung FR. statt frater ungewöhnlich, zumal in der vorliegenden Inschrift. Ich ziehe es daher vor, etwas kühner zu verfahren, indem ich nur einen Theil der Lesart von de l'Ecluse annehme, und Z. 5. statt PRO lese FRA, Z. 6. TRI, diese drei Buchstaben in ein Zeichen zusammengezogen.

Ich setze nun die beiden, zwar nicht mehr das jus Italicum erwähnenden, aber doch sonst mannigfach interessanten Inschriften, wie sie verbessert lauten:

1.

T. F. VERECVNDO
MAC. EQVITI. ALAE
I. FLA. AVG. BRIT. ∞
C. R. ING. ITALIC. AN
XXXX. S. XIX. H. SEST. FRA
TRI. PRISCINVS. VEX.
ET. INGENVS. HERED

2.

T. FL. BARSI. V
ETER. ALAE. I. FL.
AVG. BRITAN
∞ . C. R. INGEN
MEMOR. FR
ATRI. SVO. POSIT.

Andere Erwähnungen des jus Italicum auf Inschriften sind mir nicht bekannt, und glaube ich auch nicht, daß sie gefunden werden, oder zur Bezeichnung eines persönlichen Rechtes gefunden werden können. Verschieden aber ist es, wenn Jemand civis Italicus genannt wird: das mag in späterer Zeit vorkommen, aber nicht zur Bezeichnung eines Bürgers, der Italisches Recht hat, sondern eines aus Italien gebürtigen.

Das Vorstehende war geschrieben im Anfange d. J. Auf Veranlassung des Hrn. Prof. Rudorff, der bei so wichtigen Inschriften die größtmögliche Sicherheit erreicht zu sehen wünschte, wandte ich mich darauf durch die Vermittelung des Hrn. Egger in Paris an Hrn. Delorme, Conservator des Museums von Vienne, in

welcher Stadt die beiden Inschriftensteine angeblich gefunden seyn sollten. Ich erhielt von ihm folgende Antwort:

„Die fraglichen Steine existiren weder in Vienne noch in der Umgegend. Ich füge hinzu, daß ich sie immer als nicht zu unserer Gegend gehörig betrachtet habe, trotz der Angabe bei Gruter und trotz der Worte, die sich in beiden finden, C. R. IVR. ITALICI, welche ausdrücken, daß die Colonie Vienne dieses Italische Recht erhalten hatte. Meine Gründe sind folgende: 1) Im Gruter liest man über der ersten: Extra Viennam apud flumen Viennam. Wir haben weder in Vienne noch in den Umgebungen in großer Entfernung irgend ein Wasser dieses Namens, weßhalb anzunehmen ist, daß Gruter eine andere Stadt des Landes der Allobroger bezeichnen wollte. 2) Die alten Sammler der Inschriften unserer Stadt, z. B. Chorier und Dubois, führen diese Inschriften nicht an, obwohl Chorier wenigstens in seinen Recherches sur les antiquités de Vienne sonst mehrere Inschriften aus Gruter anführt."

Zu diesen Bemerkungen des Hrn. Delorme fügt Hr. Egger seinerseits hinzu, daß er in dem Index absolutissimus von Seguier in der Königl. Bibliothek in Paris, der die Anfänge aller zu seiner Zeit bekannten Lateinischen Inschriften nach alphabetischer Ordnung, nebst Angabe des Fundortes und der Herausgeber, zusammengestellt hat, diese beiden Inschriften gesucht habe, um daraus vielleicht etwas Näheres zu erfahren. In-

dessen sie sind in demselben nicht verzeichnet, und Hr. Egger kommt dadurch auf den Verdacht, sie seyen unächt; denn Seguier pflegte Inschriften, die er für unächt hielt, auszulassen.

Jedoch ein solcher Zweifel an der Aechtheit der Inschriften kann dem, der die Quellen, aus denen Gruter sie genommen hat, verglichen, nicht in den Sinn kommen. Lipsius sagt ausdrücklich, er habe sie selber gesehen, und von Clusius' Abschrift haben wir durch Saxe Nachricht. Deßhalb schlug ich noch einmal Lipsius' Auctarium zu Smetius' Inschriftensammlung nach, der bei beiden Steinen als Fundort Vienna ad flumen Viennam angiebt, während Gruter bei dem zweiten ad flumen Viennam ausläßt. Ich überzeugte mich bald, daß er unter Vienna Wien versteht. Wie mehrere Inschriftensammler es gethan, *nennt er überall* in seinem Auctarium Wien Vienna, d. h. außer bei unsern beiden Inschriften noch p. 30. und p. 46. Ueberdem passen auch die Zusammenziehungen der Buchstaben, wie sie in unsern beiden Inschriften vorkommen, am meisten für Deutsche Inschriften.

Aus diesen Gründen überzeugt, daß beide vollkommen ächt, aber nach Wien gehörig wären, wandte ich mich an Hrn. Joh. Bergmann, K. K. Rath und Custos an der Bibliothek in Wien, und erhielt von ihm folgende gütige Auskunft:

„Gleich nachdem ich die beiden Inschriften im Gruter nachgeschlagen, überzeugte ich mich, daß nur von

Wien am kleinen, aber oft tollen Wienflusse die Rede seyn kann. Carl Clusius (Charles de l'Ecluse), ein Landsmann von Busbek, Janus Gruterus, Stephan Venandus Pighius, hat mit allem Fleiße Inschriften gesammelt. Clusius war Director des botanischen Gartens im kaiserl. Lustschlosse Kaiser-Ebersdorf, das im zweiten Türkenkriege so viel gelitten hat, indem es unweit der Heerstraße gegen Ungarn gelegen ist. Bald nach des Kaiser Maximilian's Tode († 12. Oct. 1576) verließ er Oesterreich, war 1593 Prof. der Botanik zu Leiden, wo er im J. 1609, 4. April, starb. Auch Justus Lipsius war zur Zeit von Busbek, Clusius, Sambucus auf einige Zeit hier und mochte wohl zugleich sich mit Sammeln von Inschriften beschäftigen. Daß Clusius beide Inschriften gesehen und copirt hat, ist gar nicht zu bezweifeln. Diese Steine hatten aber das Schicksal, wie so vieles Andere aus dem Alterthume: sie gingen entweder durch Gewalt oder durch Sorglosigkeit zu Grunde. Ja, mehrere Inschriften, die man durch Clusius kannte und die dann untergegangen waren, sind in ganz neuer Zeit wieder ausgegraben worden. Die vielen Baulichkeiten nach der zweiten Belagerung Wiens durch die Türken im Jahre 1683 haben so Manches für immer verschlungen."

Die Hoffnung also, die Originale dieser, angeblich auf das jus Italicum bezüglichen Inschriften vergleichen zu können, beruht auf dem zuweilen, aber doch immer selten vorkommenden Zufalle, daß sie von Neuem auf-

gegraben werden. Da es nun aber als feststehend betrachtet werden kann, daß sie nach Wien, und nicht nach Vienne, gehören, so wird jede Beziehung auf eine colonia Romana juris Italici unmöglich und eine andere Erklärung, wie ich sie im Obigen versucht habe, nothwendig.

II.

Bemerkungen zur Lehre von den Servituten *).

Von
Herrn Professor D. v. Scheurl
in Erlangen.

3.
Usus und Fructus.

Ueber die Begriffe des Usus und des Fructus und über ihr Verhältniß zu einander hat Puchta eine ganz neue Ansicht aufgestellt. Sie hat zu gegenwärtiger Untersuchung, deren Resultate ich schon in einer nicht in den Buchhandel gekommenen Dissertation [1]) ausgeführt habe, nun aber überarbeitet und vervollständigt einem größeren Publicum vorzulegen mir erlauben will, den Anstoß gegeben.

Usus, sagt Puchta [2]), heißt die Benutzung der

*) Vgl. Bd. XII. Num. 7. dieser Zeitschrift. Red.

1) De usus et fructus discrimine dissertationem pro loco in senatu acad. rite obt. scr. Ch. Th. A. de Scheurl, Erlangae 1846.

2) Cursus der Institutionen II. §. 282. S. 781 ff. (2te Ausgabe). Vgl. desselben Pandekten §. 179.

Sache für ein bestimmtes Subject, dessen Bedürfniß und zwar unmittelbar durch die Sache selbst befriedigt werden soll; es liegt darin zweierlei: Beschränkung auf das Bedürfniß dieses Subjects und Gewährung durch die Sache und ihre Kräfte selbst, ohne Umsatz dieser in ein anderes Object. — Fructus dagegen ist die Benutzung, welche über den usus hinausgeht, betreffe sie übrigens die natürlichen Erzeugnisse der Sache (natürliche Früchte), oder den sonstigen Gebrauch, insofern er durch Umsatz productiv gemacht wird (juristische Früchte). Gegenüber dem usus stellt sich der fructus als ein Gewinn dar, der aus der Sache bezogen wird; aber auch der fructus hat eine Gränze; sie liegt in der Natur der Sache und der ihr gegebenen Bestimmung; nur der dieser entsprechende Gewinn ist fructus.

Durch diese Auffassung ist *Puchta* von der gegenwärtig herrschenden Ansicht, die er selbst in frühern Schriften ausgesprochen hatte [3]), abgegangen. Denn nachdem *Thibaut* in der schönen Abhandlung „über die Dienstbarkeit des Usus" [4]) darzuthun gesucht hatte, im Römischen Recht bedeute fructus soviel als Fruchtbezug, usus die übrige Benutzung außer dem Fruchtbezug, sind ihm fast Alle darin gefolgt [5]), so daß *Hugo*,

3) Erste Auflage der Pandekten (1838) §. 155.

4) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts (1798) I. Nr. 3.

5) S. A. D. *Weber* zu *Höpfner's* Commentar, 7te Ausg. (1803) §. 381. N. 1. *Hugo* Lehrbuch der Geschichte des R. R. (Ausg. III. 1806) S. 219. N. 3. *Glück* ausführliche Erläuterung der Pandekten IX. (1808) §. 648. *Savigny* vom Be-

welcher mehrere Jahre vor Thibaut die damals angenommene Meinung bekämpft hatte [6]), in der vierten Ausgabe seiner Geschichte des Römischen Rechts, die 1810 erschien, sagen konnte, jene Meinung sey schon so ziemlich verdrängt [7]).

Diejenigen, gegen welche Hugo und Thibaut stritten, behaupteten, der fructus sey die vollständige Benutzung einer Sache, durch welche jeder mögliche Nutzen aus der Sache gezogen werden könnte, den Gewinn nicht ausgeschlossen (usque ad compendium): usus (der nudus usus) sey die auf die Nothdurft des Benutzenden beschränkte Benutzung. Diese schon von den Glossatoren [8]) und Commentatoren [9]), wie es scheint, angenommene,

---

ruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814) S. 101. v. Löhr im Magazin für Rechtsw. u. Gesetzgebung; v. Grolman u. v. Löhr III. 4. S. 498 ff. Bucher System der Pandekten (Ausg. III.) §. 197. Mühlenbruch Doctrina Pandectarum (Ed. III. §. 290). Weening-Ingenheim Lehrbuch d. gem. Civilrechts. Ausgabe V. I. §. 146. Mackeldey Lehrb. des h. R. R. II. §. 283. Schilling Lehrb. für Inst. u. Geschichte des R. Privatr. II. §. 194. Göschen Vorlesungen über d. gem. Civilr. II. §. 297.

6) Civil. Magazin I. (Ausg. I.) S. 339.

7) S. 241. N. 3.

8) S. d. Glosse zu L. 20. de usu et hab. verb. non autem debet habere plus quam sit ei necessarium.

9) Z. B. Baldus zum T. I. de usu et hab. Joannes de Platea zum T. I. de usufr. („fruendi dicit ad diff. usuarii, qui potest uti in quantum ei sufficit ad quotidianum usum, sed non frui") u. zum T. I. de usu et hab. (Usus est individuus sicut est individua necessitas et indigentia personae.) Nicolaus Spinellus zu demselben Institutionentitel.

von Donellus[10]) und Salvanus[11]) ausgeführte, von Noodt[12]) auf's Sorgfältigste mit Gründen unterstützte, von den Meisten[13]) wiederholte Lehre scheint auf den ersten Anblick derjenigen, welche Puchta neuerlich vorgetragen hat, ähnlich zu seyn, besonders wegen der Zweideutigkeit des Worts „Bedürfniß"; in der That haben sie aber nichts mit einander gemein. Denn bei genauerer Betrachtung muß man sich überzeugen, daß Puchta mit jenem Wort nicht das Bedürfniß im engern Sinn, die Nothdurft, sondern nur das Bedürfniß einer Person oder Sache im weitern Sinn bezeichnen will. Er unterläßt auch nicht, neue wichtige Folgerungen daraus zu ziehen, namentlich[14]), der usus sey der wesentliche Inhalt der Servituten und der eigenthümliche Vortheil, den sie gewähren, deßhalb sey es eine allgemeine Eigenschaft aller Servituten, daß sie untheilbar sind und weder das Recht derselben noch dessen Ausübung übertragen werden kann, und die Servitut, welche usus genannt wird, sey allein die reine und normale Personal-Servitut, der ususfructus sey als ein anomales Recht anzusehen[15]).

Der herrschenden Meinung begegnet Puchta in der

---

10) Commentarii de jure civili L. X., besonders c. II. §. 5. c. XXIV. §§. 5—7.

11) De usufructu Diss. variae Gen. 1676. c. I. u. XXI.

12) Opera (Ed. II. Lugd. Bat. 1724) T. I. p. 388 sqq.

13) S. z. B. Heineccius Antiqu. Rom. syntagma L. II. T. IV. u. V. Höpfner im Commentar §§. 370. 380. 381. Hofacker Principia jur. civ. II. §. 1138.

14) Cursus der Institutionen II. S. 781. Pandekten §. 187.

15) Pandekten §. 179. Note c.

Weise, daß er daran erinnert, auf der einen Seite beziehe sich der usus auch auf die Früchte, auf der andern der fructus auf den übrigen Gebrauch, die Vermiethung des Hauses, des Pferdes u. s. w. sey ein fructus, der aus der Sache bezogen werde. Auf diese Bemerkungen, die wir zum Theil unterschreiben, werden wir nachher zurückkommen. Jetzt wollen wir sehen, was er zum Beweis seiner Ansicht beibringt.

Er führt einige Pandektenstellen an[16]) zum Beweis der Bedeutung, die er dem Wort usus beilegt: L. 203. de V. S. (50., 16.) u. L. 28. de auro (34., 2.) (zwei Fragmente aus demselben 7. Buch der Digesten des Alfenus Varus) und L. 18. pr. de his, quae ut indignis. (34., 8.)

Jene ersteren Stellen werfen die Frage auf, was es heiße, Sclaven und Silberzeug anschaffen usus sui causa, und antworten, nur solche Sclaven habe ein Hausvater usus sui causa, die ad ejus corpus tuendum atque ipsius cultum angestellt und bestimmt seyen, worunter gehörten: junctores (Vulg. vectores), cubicularii, coqui, ministratores u. a., die zu einem Gebrauch dieser Art angeschafft seyen; unter dem Silberzeug, das usus sui causa angeschafft sey, sey nur enthalten, was victus sui causa angeschafft sey.

Wenn aus diesen Antworten hervorgehen sollte, was das Wort usus bedeute, so ist leicht einzusehen, daß dadurch mehr bewiesen werden würde, als Puchta will. Denn es würde nicht nur das vom Begriffe des usus

16) Cursus der Inst. §. 252. N. i.

ausgeschlossen werden, daß eine dienende Sache andern Bedürfnissen, als denjenigen des Benutzenden selbst, oder nicht ohne einen Umsatz diene, sondern dieser Begriff würde dann so eng werden, daß er sich bloß auf den Körper des Benutzenden selbst bezöge. Aber sie sind überhaupt untauglich, den Begriff des usus selbst zu erklären; denn nicht ihn bestimmen sie, sondern was Jemand darunter verstehe, wenn er gewisse Sachen res suo usu paratas nenne, wobei dann noch übrig bleibt, zu untersuchen, welchen Einfluß auf seine Entscheidung der Jurist den mit dem Ausdruck usus in Verbindung stehenden Worten, insonderheit dem Wort suo einräume.

Aus der L. 18. pr. de his quae ut indignis (34., 8.) gehören hierher die folgenden Worte:

> post motam de tacito fideicommisso controversiam, ante pretia fructuum percepta, cum usuris esse restituenda respondi; sed omnium fructuum quorum pretia percepta fuerant; quodsi fructus in usu habuit, eorum pretia tantum restitui satis erit.

Offenbar wird hier von denjenigen Früchten gesagt, daß sie in usu habentur, die Jemand consumirt, nicht verkauft, woraus folgt, daß eine Sache verkaufen kein usus derselben ist; das ist aber schon an sich unzweifelhaft, daß weder der usus, noch der fructus einer Sache im Verkaufen derselben besteht: die Frage ist die, ob dadurch allein der usus vom fructus sich unterscheidet, daß jener ohne allen Umsatz vor sich gehen muß; deßhalb

läßt sich aus jenen Worten Papinian's nichts schließen, da sie ja nicht sagen, daß die Hauptsache von demjenigen in usu habetur, der ihre Früchte verzehrt, nicht verkauft; sondern nur, daß die Früchte in usu habentur, wofür ohne Zweifel eben so passend die Ausdrucksweise hätte gebraucht werden können: quodsi iis, quae ex re provenerint, fructus est, wodurch es deutlich wird, daß diese Pandektenstelle zur Erforschung des Unterschieds zwischen usus und fructus nicht dienlich ist.

Aber auch Puchta selbst scheint die aus diesen Stellen herzunehmenden Beweisgründe nicht so hoch angeschlagen zu haben, indem er ihrer Anführung hinzufügt, besonders sey der ganze Tit. Dig. VII., 8. de usu zu vergleichen. Was aus diesem Titel nach meiner Meinung zu erholen sey, will ich weiter unten auseinandersetzen; da Puchta sich selbst nicht darüber erklärt hat, wie seine Ansicht sich auf denselben stütze, so wird er hier zu übergehen seyn, wo ich nur zeigen wollte, daß das, was Puchta zum Beweis seiner Ansicht vorbringt, bei genauerer Prüfung nicht befriedigen könne.

Dazu kommt, daß noch viel weniger seinen oben angeführten Folgerungen Beifall geschenkt werden kann, namentlich der Folgerung: der Usussructus sey eine anomale, der Usus die einzige normale Personal-Servitut. Puchta selbst kann nicht in Abrede stellen, daß die Römischen Juristen das umgekehrte Verhältniß zwischen beiden Servituten angenommen haben; bemerkenswerth ist auch, daß die alten Juristen oft in Zweifel darüber sind,

welche Befugnisse die Dienstbarkeit des Usus in sich enthalte, während es ganz ausgemacht ist, welche der Nießbrauch in sich schließt; schon hieraus ist vielmehr abzunehmen, daß dieser die normale Personal-Servitut sey, als daß man jenen dafür halten müsse.

Endlich ist aus dem T. D. de usu etc., auf welchen sich unser Schriftsteller hauptsächlich stützt, vor Allem die L. 12. §. 2. ihm ganz entgegen. Während nach seiner Begriffsbestimmung nothwendiger Weise folgen würde, daß derjenige, dem der usus pecoris hinterlassen ist, z. B. der einer Schaafheerde, sich der Wolle und der Lämmer nach seinem Bedürfniß bedienen, nur sie nicht verkaufen dürfe, sagt der Jurist im Gegentheil, ein solcher Vermächtnißnehmer könne sich der Heerde nur zum Düngen bedienen, aber weder ihre Wolle, noch ihre Jungen benutzen, denn beides gehöre mehr zum fructus.

Nachdem mir alle diese Gründe großes Bedenken gegen die Ansicht meines hochverehrten Lehrers erregt hatten, während ich zugleich einsah, daß er die herrschende Meinung und besonders die dafür vorgebrachten Gründe mit Recht mißbillige, bemühte ich mich, selbst der Wahrheit auf die Spur zu kommen, und bin dadurch zu dem Ergebnisse gelangt, das ich jetzt ausführlicher darlegen will.

Bei der Vergleichung des fructus und des usus und der Untersuchung ihres Unterschieds haben wir nur die Bedeutung des fructus und des usus im Auge, wonach sie soviel sind, als die Handlungen des frui und des

uti, wovon die andere, worin sie für jus fruendi und jus utendi genommen werden, abgeleitet ist. Wir können daher die Frage, die wir behandeln, gleich passend so ausdrücken: Was ist frui, was ist uti, wodurch unterscheidet sich frui von uti? Kommt es uns hierbei auch hauptsächlich darauf an, zu finden, wie sich beide von einander juristisch unterscheiden, so können wir doch nicht umhin, von einer Untersuchung des gemeinen Sprachgebrauchs auszugehen.

Der Ausdruck fructus bedeutet auch das Erzeugniß einer Sache, und dann ist fructus soviel als frux. Von diesem gewöhnlicheren und leichtern Sinn des Worts gehen die Ausleger in der Regel aus und leiten davon die andern ab, indem sie sagen, fructus sey nichts Anderes als Fruchtbezug, z. B. Thibaut [17]) und Dirksen [18]), welche ich allein gewissermaßen als Repräsentanten aller Andern werde anführen dürfen. Es ist aber ohne Zweifel fructus von frui abzuleiten — wie auch Varro sagt [19]): fruges a fruendo fructusque —; denn es ist ja dieß die natürliche und stätige Ordnung, in welcher dergleichen Wörter und ihre Bedeutung von einander abstammen, daß zuerst aus dem Verbum ein Substantivum gebildet wird, das ursprünglich die in dem Verbum enthaltene Handlung selbst, dann die Wirkung dieser Handlung bedeutet. Als Beispiele können

17) A. a. O. S. 42 ff.

18) Manuale latinitatis fontium juris civilis Romanorum (1837) s. v.

19) De lingua latina L. IV.

dienen: cantus, captus, jactus, nexus, ornatus, partus u. a. Dazu kann dann auch der Gebrauch dieser Substantiva kommen, daß sie auf die Sache bezogen werden, welche vorzugsweise Gegenstand einer solchen Handlung zu seyn pflegt, wie wenn potus, was ursprünglich so viel ist als potatio, so gebraucht wird, daß z. B. von einem aus gewissen Früchten bereiteten potus die Rede ist [20]). Der Grund davon ist leicht zu finden; es ist nämlich ein solches Substantivum nichts Anderes als das in ein Substantivum verwandelte participium praeteriti passivi, das praeteritum passivi bezeichnet aber überhaupt entweder eine gewisse Wirkung, oder es erzählt, daß eine Sache etwas erlitten habe, oder mit andern Worten, Gegenstand einer Handlung gewesen sey. So ist auch fructus ursprünglich nichts Anderes, als die Handlung des frui, dann, was wir durch frui erwerben, hernach, was am häufigsten Gegenstand des frui zu seyn pflegt. Ich will aber noch genauer auseinandersetzen, wie mir von diesen Bedeutungen immer die eine aus der andern hervorgegangen zu seyn scheint. Frui ist soviel, als eine Sache so behandeln, daß wir Nutzen aus ihr ziehen; eine solche Behandlung der Sache heißt fructus, wie die Thätigkeit des Gebärens partus. Wie aber auch das, was geboren worden ist, partus heißt, so heißt auch der Nutzen, der durch das frui oder den fructus aus einer Sache gewonnen worden ist, der fructus rei. Von diesem fructus ist

20) Plinius N. H. L. XXII. c. 25. a. E. Vgl. L. 1. §. 19. de ventre in possess. (37., 9.).

dann nur wieder eine Unterart der fructus, der wie das Getraide und die Jungen der Thiere aus der Sache selbst erzeugt wird, und für denjenigen, welcher die frucht-tragende Sache fruendi causa inne hat, der hauptsächlichste Gegenstand des frui zu seyn pflegt [21]).

Daß der fructus eine Benutzung der Sache ist, unterscheidet ihn nicht vom usus, denn das liegt auch im Begriff des usus. Beide müssen durch die Art und Weise der Benutzung sich von einander unterscheiden. Uti heißt eine Sache so benutzen, daß man mit ihrer Hülfe etwas außer der Sache Liegendes zu erreichen sucht, frui so, daß man den Vortheil, den man haben will, in der Sache selbst sucht, oder, um mit andern Worten es auszudrücken: für den usus ist die Sache, welche benutzt wird, Mittel, für den fructus Zweck.

Schon Schrader [22]) sagt: Similiter apud alios (also nur bei Einigen?) frui infinitum quid est, vel sui ipsius gratia adpetitum, uti moderatum, vel ad alium finem obtinendum inserviens.

Ich gestehe, daß ich diese mehr beiläufige Bemerkung übersehen hatte, und erst, nachdem ich für mich selbst zu der Ueberzeugung gekommen war, dieß sey die wesentliche Unterscheidung des allgemeinen Römischen Sprachgebrauchs in Beziehung auf uti und frui, darauf auf-

21) Vgl. Donatus ad Terentii Eunuch. IV. 7. a. E.: a frugibus, quae, quod his fruamur, dictae sunt. Inde fructus et frumentum.

22) ad §. 1. I. de usu et habit. (II., 5.).

merksam wurde und mich nun derselben als einer Bestätigung meiner Ansicht freute.

Am deutlichsten beweist diese Grundbedeutung der beiden Worte folgende Stelle Augustin's [23]), eines Schriftstellers, der zwar dem ehernen Zeitalter angehört, mit seinem tiefen und scharfen Geiste aber auch in den Genius der lateinischen Sprache mehr als Andere eingedrungen ist:

> res aliae sunt, quibus fruendum est, aliae, quibus utendum, aliae, quae fruuntur et utuntur. Illae, quibus fruendum est, beatos nos faciunt, istis, quibus utendum est, tendentes ad beatitudinem adjuvamur et quasi adminiculamur, ut ad illas, quae nos beatos faciunt, pervenire atque his inhaerere possimus. — — Frui — est amore alicui rei inhaerere propter se ipsum, uti autem, quod in usum venerit ad id, quod amas obtinendum referre.

Aehnlich sagt Florus [24]): Annibal quum victoria posset uti, frui maluit, d. h. während er den Sieg von Cannä verfolgen konnte, um das Römische Volk zu überwinden, zog er es vor, gleichsam gesättigt dadurch, Rom hinter sich zu lassen und Campanien zu durchziehen. Und wenn Seneca schreibt [25]): tu voluptatem

---

23) L. I. de doctrina Christ. c. 3. (angeführt bei Noodt L. I. de usufructu und Schrader l. c.).

24) Epitome II., 6.

25) De vita beata c. X.

complecteris, ego compesco; tu voluptate frueris, ego utor, so will er nichts Anderes sagen, als: Du erschöpfst das Vergnügen, das Vergnügen selbst suchend, ich bediene mich des Vergnügens wie eines Sclaven oder Werkzeugs. Daher ist frui eine Sache so behandeln, wie wir mit Eßwaaren umzugehen pflegen. Dieß fühlte Donatus, wenn er bei Terenz [26]) zu den Worten frugi es bemerkte: utilis et necessarius a frugibus, quae quod bis fruamur dictae sunt. Inde fructus et frumentum. Frui autem est vesci a frumine, quae est summa pars gulae; a qua re etiam his, quae nec cibo nec potui sunt, frui dicimur καταχρηστικῶς: utpote rebus venereis et delectatione odoris, visus, auditus et ceteris. Ich bezweifele zwar, ob diese Etymologie gebilligt werden kann, aber die Bedeutung des Worts, achte ich, hat Donatus richtig eingesehen.

Es ist derselbe Unterschied, wie im Deutschen zwischen „genießen" und „gebrauchen" oder „sich bedienen".

Aus jenem ursprünglichen Unterschied zwischen frui und uti geht hervor der zweite. Der usus enthält für sich keinen Affect; daher wird das Wort auch so genommen, daß es nichts Anderes als haben bedeutet, und dahin gehört auch, daß die alte Sprache den Besitz usus nennt; ja es wird oft uti von einem Haben gebraucht, das man nicht wünscht, wie wenn Cicero [27]) sich einmal so ausdrückt: adversis ventis usi sumus. Frui

26) Eunuch. IV., 7. in f.
27) ad Fam. XIV., ep. 5.

dagegen bedeutet zuweilen, eine Sache mit Vergnügen gebrauchen, oder sich an einer Sache ergötzen, wie wir im Deutschen sagen „sich an etwas weiden", was wir dann auch wieder mit genießen ausdrücken können. Dahin gehören jene Worte Martial's[28]): adspicis, ut teneat flammas poenaque fruatur Fortis etc. Ob aber die eigentliche und ursprüngliche Bedeutung des Worts frui die sey, „das angenehme Gefühl des Gebrauchs haben und dessen froh werden", wie mein verehrter College Döderlein will[29]), muß ich sehr bezweifeln. Meine Zweifel gründen sich, abgesehen von dem, was ich eben schon zur Unterstützung meiner Meinung anführte, auf jene Worte Varro's, die Nonius[30]) mittheilt: utrum fructuis, an delectationis causa; ferner darauf, daß, wenn dieß die eigentliche Bedeutung von frui wäre, man kaum sagen könnte, was wir bei Terenz lesen[31]): gaudio frui; endlich darauf, daß ich nicht einsehe, wie daraus der Gebrauch des Worts, den wir in der Rechtssprache finden, erklärt werden könnte.

Wenn ich aber behaupte, frui heiße, den Vortheil, welchen wir haben wollen, in der Sache selbst suchen, so meine ich damit nicht, als ob dieß nur in der Weise geschehen könne, daß man sich der ganzen Sache bemächtige und sie gewissermaßen in sich aufnehme. Es heißt auch das, seinen Vortheil in der Sache selbst su-

28) VIII., 30., 3 sq.
29) Synonymik III. S. 134.
30) VIII., 72.
31) Hec. V., 4., 2. vgl. Phaedr. IV., 14., 14.

chen, wenn man sich die Erzeugnisse einer Sache zueignet und sie selbst dabei in ihrem Bestand unangetastet läßt. Ob man das Erstere oder das Letztere meint, wenn man von frui spricht, wird hauptsächlich aus der Beschaffenheit der Gegenstände zu beurtheilen seyn. Ist diese von der Art, daß die Sachen productiv sind, wie Grundstücke oder Zuchtvieh, so wird fructus derselben kaum etwas Anderes bedeuten, als eine solche Benutzung, wobei man auch ihre Erzeugnisse bezieht und verzehrt[32]). Sind die Sachen aber solche, wie Brod, Obst, Wein, so wird frui heißen, sie selbst verbrauchen. Ein reiner usus von Sachen der erstern Art wird ein Gebrauch seyn, bei dem man weder sie selbst, noch ihre Erzeugnisse sich zueignet. Auf diesem Punkt weicht der deutsche Sprachgebrauch vom römischen einigermaßen ab. Wir können nicht sagen: Grundstücke genießen, sondern nur, ihren Genuß haben, oder sich in ihrem Genusse befinden.

Wollen wir nun diesen bisher dargelegten Unterschied zwischen usus und fructus juristisch fassen, so wird vor Allem Folgendes zu erwägen seyn. Im Recht wird fast immer nur an einen usus oder fructus fremder Sachen gedacht werden, wobei der erste Grundsatz der ist, daß der Bestand der Sachen unangetastet bleiben muß. Alsdann aber wird jener Unterschied als juristischer so gefaßt werden müssen: *frui* heißt, aus einer Sache

32) Daß Cicero pro Roscio Amer. c. 15., wenn er sagt, Roscius sey bei Lebzeiten seines Vaters gewohnt gewesen certis fundis frui, dieß darunter versteht, lehrt der Zusammenhang.

Vortheil ziehen durch Eigenthums-Erwerb alles dessen, was aus der Sache bezogen wird, so daß die Sache selbst Erwerbs-Ursache ist; uti, eine Sache so benutzen, daß man ohne einen Eigenthums-Erwerb die Sache auf jede andere Weise sich dienstbar macht. Denn was factisch beziehen und verbrauchen ist, das ist juristisch zu eigen erwerben, und was factisch erzeugen ist, ist juristisch Erwerbs-Ursache seyn.

Daher kommt im Recht auch an solchen Sachen ein fructus vor, die weder verbraucht werden können, noch natürliche Erzeugnisse aus sich hervorbringen, wie z. B. ein Haus, weil an solchen Dingen ein frui in der Art möglich ist, daß wir für die Ueberlassung ihres Gebrauchs an Andere eine Vergütung empfangen, deren Erwerbsursache das Haus ist, wie ein Grundstück, auf welchem Getraide gebaut worden ist, wenn es eingeerndtet wird, die Ursache der gemachten Erndte genannt werden kann.

Weil aber etwas aus einer Sache zu eigen erwerben und aus einer Sache sich bereichern fast einerlei ist, so können wir den fructus auch definiren als die Benutzung einer Sache, wodurch wir uns aus ihr selbst bereichern. Hat man die Erzeugnisse einer Sache zum eigenen Lebensunterhalt verzehrt, so ist man nach diesem Verbrauch nicht reicher, als man vor dem Fruchtbezug war. Es kann also ein solcher Fruchtbezug von fructus unterschieden und für einen bloßen usus angesehen werden. Da diese Unterscheidung eine feinere ist, so muß

man erwarten, daß sie nicht allgemein werde beobachtet worden seyn, sondern nur dann, wenn sie aus bestimmten Gründen practisch ist.

Dieses wäre nun aber bloße Schlußfolgerung; wir müssen nun sehen, ob wir auch wirklich die Römischen Juristen auf unserer Seite haben.

Gewöhnlich bleibt man in der Untersuchung des juristischen Unterschieds zwischen fructus und usus bei der Vergleichung der Dienstbarkeit des ususfructus mit der des usus stehen, was nicht wohl zu billigen ist, da der wahre Unterschied zwischen diesen beiden Dienstbarkeiten selbst nicht außer Zweifel ist. Besser würde es seyn, vor Allem zu fragen, was bei der locatio conductio frui, was beim Commodat uti ist. Denn die Gränzen dieser Contracte stehen fest und der erstere enthält gerade das, daß man einem Andern das frui licere für einen gewissen Preis gewährt [33]), der zweite ist nichts Anderes als rem utendam dare [34]).

Die Befugnisse aber, welche dem Pächter oder Miether an der gepachteten oder gemietheten Sache zustehen, woran ihm das frui licere gewährt werden muß, sind ungefähr folgende. Wenn es ein Gut ist, muß ihm der Besitz der Grundstücke [35]) gewährt werden zu dem

33) L. 9. pr. §. 1. L. 15. §. 1. 2. 8. L. 24. §. 4. 5. L. 33. L. 35. pr. locati conducti (19., 2.).

34) L. 1. §. 1. L. 5. §. 15. L. 18. §. 2. L. 21. §. 2. D. commodati (13., 6.). §. 2. I. quib. mod. re contr. obl. (3., 14.).

35) L. 15. §. 1. locati (19., 2.).

Zweck, daß er sie bebaue[36]) und die darauf wachsenden Früchte beziehe[37]). Dem Miether eines Hauses ist dessen Bewohnung zu gewähren, damit er das frui licere habe[38]); an allen andern Sachen, welche vermiethet werden, gebührt dem Miether der volle Gebrauch derselben je nach ihrer Beschaffenheit[39]). Ueberdieß aber ist es ein allgemeiner Rechtssatz, der sich auf die Verpachtung und Vermiethung von Sachen aller Art erstreckt, daß Niemand verhindert werden darf, wenn nicht etwas Anderes ausdrücklich ausgemacht worden ist, die Benutzung der von ihm gepachteten oder gemietheten Sachen einem Andern zu verpachten[40]). Es wird dieß namentlich dem Pächter eines Guts[41]), eines Hauses[42]) und eines Opus[43]) zugeschrieben. Es heißt also hier frui, die Sache sowohl auf jede sonstige Weise, welche ihrer Natur und Beschaffenheit angemessen ist, als auch durch den Bezug der natürlichen und juristischen Früchte daraus benutzen. Es heißt nicht nur die Früchte beziehen, denn in der Haftung für das frui licere ist auch

36) L. 32. eod.

37) L. 15. §. 2—5. L. 25. §. 6. L. 35. §. 1. L. 60. §. 5. eod. Vergl. Festus s. v. venditiones: venditiones dicebantur olim censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant.

38) L. 9. pr. L. 27. L. 28. L. 60. fr. eod.

39) L. 19. §. 1. L. 30. §. 1. 2. L. 60. §. 6. 8. D. eod. L. 1. C. eod. (4., 65.).

40) L. 6. C. eod.

41) L. 24. §. 1. D. eod.

42) L. 7—9. pr. L. 30. pr. L. 58. pr. L. 60. pr. eod.

43) L. 48. pr. eod.

die Gewährung der Bewohnung eines Hauses [44]) und des Besitzes eines Gutes, so wie die Wiederherstellung der Wirthschaftsgebäude inbegriffen [45]), obwohl aus der L. 25. §. 1. locati (19., 2.) hervorgeht, daß eine engere Bedeutung des Worts frui sich nur auf die Benutzung einer Sache bezieht, welche natürliche Früchte trägt.

Eine Sache leihen, commodare, heißt, wie ich vorhin erinnert habe und die dort angeführten Stellen ausdrücklich sagen, eine Sache zum Usus hingeben. Welche Befugnisse stehen nun aber dem Commodatar hinsichtlich der geliehenen Sache zu, welche nicht? Er darf die Sache nur anwenden zur Erreichung des Zwecks, zu welchem sie ihm geliehen ist [46]). Nimmt er ein Pferd, das ihm dazu geliehen ist, um es auf sein Landgut mitzunehmen, in den Krieg mit, oder bringt er einen Sclaven, der ihm zur Arbeit auf ebener Erde geliehen worden ist, auf ein Gerüste, so haftet er mit der Commodatsklage auch für den Zufall [47]). Deßgleichen, hat Jemand einem Andern Silberzeug deßhalb geliehen, weil er Freunde zu einem Mahl einladen wollte, und er hat es auf eine Reise mitgenommen, so setzt er sich dadurch derselben Haftung aus [48]). Aber auch die Früchte und jeden Gewinn aus einer Vermiethung der Sache muß

---

44) L. 9. pr. cit.

45) L. 15. §. 1. cit.

46) L. 5. §. 8. L. 10. pr. L. 17. §. 3. commodati (13., 6.).

47) L. 5. §. 7. D. eod.

48) L. 18. pr. eod.

er dem Commodanten herausgeben [49]), darf sich also nicht mit den Früchten der Sache oder einem Miethsgeld aus derselben bereichern.

Somit bestätigt die Vergleichung des Mieth- und Pacht-Vertrags mit dem Commodat meine Behauptung, der Unterschied zwischen frui und uti sey der, daß frui heißt, eine Sache so benutzen, daß man sich zu eigen macht, was aus der Sache selbst gezogen wird, uti so, daß man sich nichts aus derselben zueignet.

Uebrigens belehrt uns das Beispiel des Commodats, daß es keine Eigenthümlichkeit des usus ist, auf die Nothdurft des Benutzenden selbst beschränkt zu seyn, was, wie wir gesehen haben, sonst von den Meisten angenommen worden war. Denn nur gewöhnlich, nicht immer, begreift nach Ulpian [50]) das Commodat bloß den Vortheil des Commodatars selbst in sich, und er gesteht, es sey möglich, daß Jemand eine Sache bloß in seinem eigenen Interesse einem Andern leihe, wie wenn ein Prätor, der Spiele gebe, den Schauspielern Garderobestücke leihe [51]). Und Gaius bemerkt [52]), zuweilen werde in beiderseitigem Interesse des Gebenden und des Empfangenden geliehen, wie wenn zwei einen gemeinschaftlichen Freund zum Essen einladen, der eine die Besorgung des Mahls übernimmt, und der andere ihm Silberzeug dazu leiht.

---

49) L. 5. §. 9. eod. L. 38. §. 10. de usuris et fruct. (22., 1.). L. 14. §. 15. de furtis (47., 2.).

50) L. 5. §. 2. commodati (13., 6.).

51) L. 5. §. 10. eod.

52) L. 18. pr. eod.

Hier kann ich aber nicht mit Stillschweigen übergehen, daß es in der L. 1. pr. de precario (43., 26.) heißt: precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu is, qui concessit, patitur. Es könnte scheinen, als wenn hiernach bei einer Untersuchung, was uti bedeute, auch gefragt werden müsse, was die precarii concessio gewähre. Hier ist aber zu bemerken, was auch sonst nicht unwichtig ist, daß uti einen weitern und einen engern Sinn hat. Der eine ist der, wonach es jede Benutzung der Sache, auch die durch ein frui geschieht, in sich begreift, der andere und eigentliche der, daß es eine bestimmte, vom fructus verschiedene und ihm entgegengesetzte Art der Benutzung bedeutet. Wird nun gesagt, commodare sey soviel als rem utendam dare, so hat hier das Wort uti den engern Sinn; wird aber gesagt, precarium sey gleichbedeutend mit quod utendum conceditur, so hat dasselbe Wort den weitern Sinn, obgleich Ulpian sagt, das precarium sey dem Commodat ähnlich. Denn er behauptet dieß nicht darum, weil die Rechte des Precaristen und des Commodatars ganz gleich seyen, sondern weil beide die empfangene Sache nicht zu eigen erwerben, vielmehr dem einen wie dem andern nur ihre Benutzung gestattet wird [53]), woraus erhellt, daß hier der Usus dem Eigenthum oder einem andern Recht, dessen Ausübung überlassen wird, nicht dem Fructus entgegengesetzt werde. Es steht also unserer Behauptung über

53) L. 1. §. 3. eod.

die eigentliche Bedeutung des Usus nicht im Wege, daß die precarii concessio den Fruchtbezug zwar nicht immer in sich enthält, aber doch in sich enthalten kann, z. B. wenn der Pfandschuldner die verpfändete Sache sich vom Gläubiger precario zurückgeben läßt [54]), oder der Nießbrauchsberechtigte die Ausübung des Nießbrauchs einem Andern precario überläßt [55]).

Nun wollen wir uns zu den Rechten wenden, um welcher willen hauptsächlich der Unterschied zwischen fructus und usus erforscht zu werden pflegt, zu den Dienstbarkeiten des Usufructus und Usus.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia, sagt Paulus [56]); die Dienstbarkeit des Usus nennt Gaius einen nudus usus sine fructu [57]). Wir können daher die Begriffe der beiden Dienstbarkeiten so bestimmen: der Usufructus sey ein usus verbunden mit fructus, die Dienstbarkeit des Usus sey ein usus ohne fructus. Offenbar hat hier das Wort usus die besondere Bedeutung; denn wie wir vorhin zeigten, hat die andere Bedeutung des Worts usus einen so weiten Umfang, daß sie auch den fructus in sich schließt; folglich muß, wenn das, was wir oben über diese Ausdrücke aufgestellt haben, wahr ist, der Unterschied zwischen dem Usufructus und dem Usus statt fin-

54) Vgl. Isidorus Origines V., 25. Precarium est dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.

55) L. 12. §. 2. de usufructu (7., 1.).

56) L. 1. de usufr. (7., 1.).

57) L. 1. de usu et hab. (7., 8.).

den, daß jener das Recht in sich begreift, eine Sache auf jegliche Weise zu genießen, mit der Macht, sich zu eigen zu machen, was immer aus derselben erzeugt wird oder sonst einkommt; der Usus aber die Befugniß gewährt, das Object zur Erzielung eines jeden Vortheils, der mit Hülfe desselben erlangt werden kann, anzuwenden, sofern nur der Usuar sich nichts aus derselben zu eigen macht, so jedoch, daß, wenn jene feinere Unterscheidung angewendet wird, der Usus auch einen gewissen Fruchtbezug umfassen kann, wenn er nur nicht in einen wahren Gewinn des Usuars übergeht.

Mit diesen Voraussetzungen stimmen die wirklichen Sätze des römischen Rechts über beide Servituten genau überein. Es wäre überflüssig, durch Anführungen den Beweis zu liefern, daß dem Usufructuar alle Früchte der Sache, überhaupt aller Ertrag der Sache gehört, so zwar, daß er die Erzeugnisse der Sache auch verkaufen kann. Mehr verlohnt es sich der Mühe, genauer durchzunehmen, was unsere Quellen über die Rechte des Usuars enthalten. Es steht dem Usuar zu, die Sache, welche Gegenstand des Usus ist, zur Erzielung aller der Vortheile anzuwenden, wozu sie nach ihrer Beschaffenheit geschickt ist, nicht nur für seine Nothdurft, sondern auch für seine Bequemlichkeit, sein Vergnügen, selbst für seine Luxusbedürfnisse [58]). Wem der Usus eines Hau-

58) Vgl. Thibaut a. a. O. S. 36—38. — L. 12. §. 2. D. de usu (7., 8.): cui boum armenti usus relinquitur, omnem usum habet et ad arandum et ad cetera, ad quae boves apti sunt.

ses hinterlassen ist, kann darin mit seiner Familie, seinen Freigelassenen, seinen Gästen, ja auch mit Miethsleuten[59]) wohnen, er kann es so bequem bewohnen, daß er in den verschiedenen Jahreszeiten verschiedener Theile des Hauses sich bedient, und in dieser Weise das Haus ganz benutzt, obgleich er gleichzeitig den ganzen Raum des Hauses nicht ausfüllen könnte[60]). Wenn der Usuar Arbeitsbestellungen angenommen hat, kann er sich zur Ausführung derselben der Arbeit vom Usuar-Sclaven bedienen[61]). Wer an Sclaven den Usus hat, kann sie auch gebrauchen, um Rechtsgeschäfte durch sie abschließen zu lassen, und dadurch zu erwerben, sofern es ein Erwerb ex re usuarii ist[62]). Der Usuar darf aber keinen Theil der Usuarsache sich aneignen oder aus ihr erwerben. Wem der Usus einer Heerde hinterlassen ist, kann weder die Wolle, noch die Jungen derselben benutzen[63]); weder ein Haus, woran man den Usus hat, noch die Dienste eines Usuar-Sclaven ist man berechtigt zu vermiethen. Aber auch einen Erwerb durch Rechtsgeschäfte eines Usuarsclaven gesteht Ulpian nicht zu[64]), insofern es ein Erwerb ex operis servi wäre, weil solcher Erwerb mit dem durch locatio operarum servi auf Eines hinauskäme[65]). Ich muß gestehen,

59) L. 2. §. 1. de usu (7., 8.).
60) L. 22. §. 1. eod.
61) L. 12. §. 6. eod.
62) L. 14. pr. eod. Vgl. L. 16. §. 2. und L. 20. eod.
63) L. 12. §. 2. eod.
64) L. 8. pr. L. 12. §. 6. eod.
65) L. 14. pr. eod. Wie mit dieser Stelle §. 2. I. per quas

daß in einigen Fällen den Usuarien ein gewisser Fruchtbezug, also Zueignung von Theilen der Sache, zugeschrieben wird, das geschieht aber nur mittelst der Auslegung eines letzten Willens aus bestimmten besonderen Gründen, und dann nur in dem Maaße, daß doch die mehrerwähnte feinere Unterscheidung zwischen usus und fructus beobachtet wird. So meint Ulpian, wenn der Usus einer Schaafheerde hinterlassen sey, dürfe der Vermächtnißnehmer auch einen mäßigen Gebrauch von der Milch der Schaafe machen, cum non tam stricte interpretandae sint voluntates defunctorum [66]). Pomponius berichtet [67]), Hadrian habe, als gewissen Personen der Usus eines Waldes vermacht worden war, ausgesprochen, es sey anzunehmen, daß ihnen auch der Fructus des Waldes vermacht sey, weil, wenn es den Vermächtnißnehmern nicht gestattet wäre, Holz zu fällen und es zu verkaufen, wie es Nießbrauchsberechtigten gestattet sey, sie von diesem Legat nichts haben würden. Aus diesen Worten kann man sehen, welches der eigentliche Grund solcher Auslegungen war; er lag darin, daß zuweilen der Usus solcher Sachen hinterlassen wurde, bei welchen die Vermächtnißnehmer, wenn sie auf das uti beschränkt gewesen wären, nichts oder doch weniger gehabt hätten, als ihnen der Testator aller Wahrscheinlichkeit nach geben wollte. Insbesondere war dieß der

---

personas nobis obl. acqu. (3., 28.) zu vereinigen ist, darüber s. Schrader ad h. l. (p. 569 sq.).

66) L. 12. §. 2. D. de usu (7., 8.).

67) L. 22. pr. eod.

Fall bei Landgütern, bei welchen der Usus im eigentlichen Sinn kaum etwas Anderes gewähren würde, als das Wohnen und das jus deambulandi et gestandi [68]). Deßhalb glaubten die römischen Juristen, beim Vermächtniß des Usus eines Landguts müsse man zu jener feinern Unterscheidung zwischen Usus und Fructus seine Zuflucht nehmen. Sie sprachen dem Usuar das Recht nicht ab, von den Erzeugnissen des Guts sich zu nehmen, was er für sich und die Seinigen zum Lebensunterhalt bedürfe, wenn er sich nur davon bloß zum Gebrauch, nicht zur Bereicherung (ad usum, non usque ad compendium) nehme [69]). Denn wenn er dabei stehen bleibt, so hat er nichts aus der Sache erworben, er wird nicht reicher, als er zuvor war.

Anders zu erklären sind diejenigen Aussprüche, in welchen Usuarien gegen die Natur des Usus *ein Selbsterwerb* aus der Usuarsache gestattet wird. Labeo wollte, und Ulpian bestätigte es, daß, wenn der Usus eines Hauses hinterlassen sey, auch ein Miethsmann vom Vermächtnißnehmer aufgenommen werden könne [70]); Ulpian meint [71]), wenn der Usuar auch Miethsgeld einnehme, so sey ihm das wohl zu gönnen, wenn er nur selbst auch im Hause wohne: quid enim, sagt er, si tam spatiosae domus usus esset relictus mediocri, ut portiuncula

---

68) L. 12. §. 1. eod.

69) L. 12. §. 7. cit. und L. 15. pr. eod.

70) L. 2. in fin. eod.

71) L. 4. pr. eod.

contentus esset. Und ein anderes Mal sagt derselbe[72]): si forte auriga fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum circensibus his usurum: quia quasi locare eos videtur: sed si testator sciens, eum hujus esse instituti et vitae reliquerit, videtur etiam de hoc usu sensisse. Diese Entscheidungen beruhen auf ganz eigenthümlichen Gründen. Die erstere auf dem Grunde: da jedenfalls, wenn der Usuar selbst, wie er muß, das Haus bewohnt, aber es nicht ganz einnimmt, der Eigenthümer doch nicht berechtigt ist, den leerbleibenden Theil des Hauses für sich zu benutzen[73]), so ist es billig, daß dieser Theil lieber dem Usuar Miethgeld einbringe, als daß er ganz unbenutzt bleibe. Die andere Entscheidung scheint auf folgender Schlußfolgerung zu beruhen: wer es weiß, daß der Vermächtnißnehmer einem Stande angehöre, wonach er kaum nach einem andern Gebrauch der Usuar-Sache Verlangen tragen würde, als der ihm Geld einbringt, will höchst wahrscheinlich gerade diesen Gebrauch dem Vermächtnißnehmer gestatten.

Wenn nun diese bisher durchgegangenen Rechtssätze über den Ususfructus und Usus mit dem Unterschiede, den wir zwischen fructus und usus machten, im Einklang stehen, so bleibt doch noch Eines übrig, worüber jetzt noch Weniges beizufügen ist.

Es könnte nämlich scheinen, als würde aus dem

72) L. 12. §. 4. eod.
73) L. 22. §. 1. eod.

von uns angenommenen Wesen des usus folgen, der Usuar eines Hauses dürfe die Bewohnung desselben umsonst einem Andern auch allein (nicht bloß so, daß er ihn zu sich ins Haus aufnimmt) gestatten; dieß aber verneint Ulpian unbedingt [74]). Wir behaupten nämlich, darin unterscheide sich der usus vom fructus, daß man vermöge des erstern nichts aus der Sache sich zu eigen machen könne. Dadurch scheint es nun allerdings verwehrt zu seyn, ein Haus, woran man den Usus erhalten hat, zu vermiethen, nicht aber sein Bewohnen einem Andern für sich allein umsonst zu überlassen. Wenn man aber genauer zusieht, wird man finden, es hänge das mit dem weiteren natürlichen Begriff des usus, d. h. der Benutzung, zusammen, daß, wer eine Sache benutzen (frui oder uti) solle, dieß selbst thun müsse. Von demjenigen, der den Genuß einer Sache einem Andern vermiethet, wird Niemand sagen, daß er sie im natürlichen Sinn genieße oder ihren Genuß habe. Nur deßhalb, weil im Recht des fructus eine solche Benutzung enthalten ist, wobei man aus dem Gegenstand desselben etwas zu eigen erwirbt, ist auch ein frui durch Andere möglich. Denn etwas zu eigen erwerben kann man auch durch Andere. Also kann der Fructuar vor Allem die natürlichen Früchte der Sache durch einen Andern beziehen, auch so, daß der Andere durch den Fruchtbezug die Früchte vom Fructuar gleichsam vermittelst einer Tradition erwirbt, es mag ihm das nun für eine Vergütung

---

74) L. 8. pr. eod. Vgl. L. 10. pr. D. und §. 1. I. eod.

oder umsonst gestattet werden; sodann kann er, wenn er die Früchte der Sache einem Andern für Geld oder umsonst überlassen darf, eben so gut einem Andern die übrigen Vortheile, welche sie gewährt, überlassen. Alles das ist dem Usuar versagt, weil er nichts aus der Sache sich zu eigen machen, sondern nur auf andere Weise sie benutzen darf, was nicht durch einen Andern geschehen kann. Allerdings würde auch der Fructuar, wenn er das Bewohnen des dienenden Hauses einem Andern umsonst überließe, nichts aus der Sache sich aneignen; weil er aber das Recht hat, das Haus zu vermiethen zu dem Ende, um ein Miethsgeld aus dem Hause zu ziehen, so erheischt es die Harmonie des Rechts, daß ihm auch gestattet werde, schenkungsweise die Bewohnung einem Andern einzuräumen.

Will man sich nun die Mühe geben, meine Auffassung mit den Auffassungen Puchta's und Thibaut's zu vergleichen, so wird man Folgendes finden: Thibaut sieht im fructus einfach den Fruchtbezug, im [illegible] die Benutzung ohne Fruchtbezug. Indem er nun nicht in Abrede stellen kann, daß die Dienstbarkeit des [illegible] diesem Begriff nicht genau entspreche, erklärt er alles Abweichende von der Annahme eines sehr zufälligen [illegible] gebrauchs aus. Ich nehme einen einfachen, [illegible] sequenten Sprachgebrauch an, nach welchem [illegible] mit dem Fruchtbezug keineswegs identisch [illegible] ihn nur folgeweise in sich begreift, [illegible] zwar regelmäßig, aber nicht nothwendig [illegible] wohl aber die Bereicherung ausschließt [illegible]

here ich mich der Auffassung Puchta's. Von der letztern aber weiche ich im practischen Resultate namentlich insofern ab, als ich den usus weder auf Befriedigung der eigentlichen Bedürfnisse des Benutzenden unmittelbar durch die nutzbaren Eigenschaften der dienenden Sache beschränke, noch einen Fruchtbezug, der diesen Charakter hat, schon regelmäßig unter dem usus begreife. Gerade dadurch aber setze ich mich einem nicht unbedeutenden Einwurf aus, den ich in der oben angeführten Dissertation nicht berührt habe, gegen welchen ich aber hier noch meine Ansicht mit ein paar Worten sicher zu stellen versuchen will.

Offenbar ist Puchta zu seiner eigenthümlichen Ansicht von folgendem Punkte aus gelangt: Er bestimmt den Begriff der Servituten so: sie seyen Rechte an fremden Sachen auf Benutzung derselben für ein individuell bestimmtes Subject, und zwar so, daß diesem unmittelbar durch die nutzbaren Eigenschaften der dienenden Sache ein Vortheil gewährt werden solle. Dieser Begriff paßt nicht nur vollkommen auf die sämmtlichen Real-Servituten, sondern auch auf die Personal-Servitut des Usus, wie er den Umfang der letztern darstellt. Er ist also nur genöthigt, den Usufructus für ein über den allgemeinen Servituten-Begriff hinausgehendes Recht, für eine anomale Servitut zu erklären. Nach meiner Auffassung des Usus würde aber derselbe als Personal-Servitut gleichfalls zu jenem allgemeinen Servituten-Begriff nicht passen. Es könnte also scheinen, als sey ich sogar genöthigt, die zwei Hauptpersonal-Servituten für

anomale Servituten zu erklären; und dieß würde freilich nicht geringe Bedenken gegen die Richtigkeit meiner Auffassung zu erregen im Stande seyn.

Allein ich glaube, Puchta hat gerade darin gefehlt, daß er sich den Begriff der Servituten bloß von den Real-Servituten abstrahirte, die Personal-Servitut des Usus in diesen Begriff so zu sagen einzuzwängen suchte und den Ususfructus als eine anomale Servitut preis gab, während er hätte suchen müssen, den Begriff der Servituten so zu bestimmen, daß der Ususfructus eben so gut dazu paßte, als die Real-Servituten, wo er dann auch nicht genöthigt gewesen wäre, den Umfang der Dienstbarkeit des Usus in einer, wie ich gezeigt zu haben glaube, mit den Quellen nicht zu vereinigenden Weise zu bestimmen.

Es ist ganz richtig, daß das Wesen der Servituten darin besteht, die Benutzung fremder Sachen für ein individuell bestimmtes Subject zum Gegenstand zu haben; aber jenes Andere gehört nicht mehr zum Wesen der Servituten überhaupt, daß diesem bestimmten Individuum der Vortheil unmittelbar durch die nutzbaren Eigenschaften der dienenden Sache selbst gewährt werden muß. Dieß ist nur eine Eigenthümlichkeit der Real-Servituten; beim Usus ist es regelmäßig der Fall, weil es zu dem gehört, was man unter usus zunächst versteht, ohne die Anwendung jener feinern Unterscheidung zwischen Usus und Fructus. Daß der Ususfructus immer und zuweilen auch der Usus darüber hinausgeht, scheint mir eben ein hinreichender Beweis dafür zu seyn, daß jene Be-

schränkung nicht im allgemeinen Begriff der Servitut liegt. Der Nießbrauch hat den Zweck, daß durch den dinglich gesicherten Genuß einer Sache die Bedürfnisse einer individuell bestimmten Person befriedigt werden sollen. Deßhalb kann auch der Ususfructus vom Berechtigten nie auf ein anderes Subject, nicht einmal auf einen Erben oder auf eine Person, in deren Gewalt der Usufructuar kommt, übertragen werden. Dadurch bleibt er dem allgemeinen Begriff der Servituten treu. Daß aber die Bedürfnisse dieses Individuums durch jede mögliche Benutzung der dienenden Sache befriedigt werden dürfen, auch so, daß sie durch Umsatz vermittelt wird, das ist nicht gegen den Charakter der Servitut überhaupt, d. h. zunächst gegen den der Personal-Servitut, sondern nur gegen den der Real-Servitut, bei welcher allerdings eine Benutzung dieser Art durch die besonderen Motive nicht bedingt seyn würde, welche die Entstehung dieser eigenthümlichen Rechte veranlaßt haben.

III.

Die interdicta de cloacis.

Von

Herrn Professor D. Schmidt (von Ilmenau)

in Jena.

I.

Die Lage der Weltstadt Rom wird Niemand als eine besonders glückliche bezeichnen wollen. Denn wenn auch für ihre Begründung der verhältnißmäßig beste Platz innerhalb einer der Gesundheit sehr gefährlichen Gegend ausgewählt worden seyn mag [1]), so war doch ein großer Theil der dasigen Niederungen, namentlich die des nachherigen Forum und des Velabrum, völlig versumpft und die ganze Landstrecke in den heißen Monaten zuverlässig schon damals wie heutzutage den Wechselfiebern preisgegeben. Opferte man doch der dea febris von alten Zeiten her auf dem Palatinus und bald auch auf den alten Hügeln. Daß der letztere Uebelstand durch den ersteren wesentlich befördert werde, war den alten

1) Cic. de rep. II., 6. locum delegit Romulus et fontibus abundantem et in regione pestilenti salubrem.

Römern sicher bekannt, wenn sie vielleicht auch nicht wußten, daß der fieberbringende Stoff ein Erzeugniß des durch die Hitze in den Sümpfen hervorgerufenen, jährlich wiederkehrenden Trocknungsprocesses sey [2]).

Abgesehen von dieser aus der Eigenthümlichkeit des Bodens herrührenden Gefahr war die Reinheit der römischen Luft natürlich auch von einem andern, bei allen großen Städten vorhandenen Uebel bedroht, von der Verpestung nämlich, welche die Masse des städtischen Unraths ausathmet.

Völliges Austrocknen jener Sümpfe und ferner die Darstellung eines bequemen Mittels für Abführung des Unraths mußte ein Augenmerk der wachsenden Stadt seyn. Für beide Zwecke diente sachgemäß ein und dasselbe Mittel, die berühmten römischen Cloaken [3]). Dabei werden diejenigen Stadttheile, welche der Entwässerung nicht bedurften, nur geringfügigere Bauten erfordert haben.

2) Vergleiche Bunsen's interessante Abhandlung über die Luft Roms und der Umgegend in seiner Beschreibung der Stadt Rom Bd. I. S. 82 ff.

3) Liv. I, 38. 56. Dionys. III., 67. — Ulpian in fr. I. §. 2. de cloacis, die Bedeutung der Cloaken erörternd, sagt: Curavit autem praetor per haec interdicta ut cloacae et purgentur et reficiantur; quorum utrumque et ad salubritatem civitatum et ad tutelam pertinet; nam et coelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum. — Er gedenkt also, ähnlich wie Dionys, des zuerst genannten Grundes nicht, wahrscheinlich weil er, überhaupt von den Städten, nicht bloß von Rom redend, das nur für die Hauptstadt Gültige hervorzuheben nicht für angemessen hielt. — Sein weiteres Anführen, die Fundamente der Häuser würden durch den aufgehäuften Unrath bedroht, ist offenbar von geringerem Gewicht.

Die erste von Staatswegen erfolgte Anlage von Cloaken schreiben die Alten einmüthig dem Tarquinius Priscus zu [4]); nur darin ist eine scheinbare Abweichung, daß Livius dafür hält, es sey dieser Bau für Entwässerung der Gegend des Forum angelegt, während Dionys lediglich einen Abzug des städtischen Unraths in demselben erkennt; zuverlässig diente derselbe in der Zeit dieser Schriftsteller beiden Zwecken, aber Dionys berichtet nur, was er unmittelbar mit Augen sah. Daß auch Tarquinius Superbus beim Cloakenbau sich wesentlich betheiligte, ist sicher [5]); Livius nennt ihn mit Entschiedenheit und ohne Widerspruch der andern Quellen den Erbauer der als receptaculum omnium purgamentorum urbis bezeichneten cloaca maxima [6]). — Der gallische Brand konnte natürlich die colossalen Bauten der unterirdischen Cloaken nicht beeinträchtigen, jedoch hatte die Uebereilung, welche man beim Wiederaufbau der Stadt bewies, unter andern die nachtheilige Folge, daß man, den Lauf der öffentlichen Cloaken nicht beobachtend, die Privatwohnungen ohne Unterschied auch über denselben errichtete, während früherhin ihr Gebiet als öffentliches, dem Privatverkehr entzogenes gegolten

---

4) Liv. I., 38. Dionys. III., 67. Plin. hist. nat. 36., 15. Eutrop. I., 6.

5) Liv. I., 56. Dionys. IV., 44.

6) Die grausame Behandlung, welche nach Plinius a. a. O. die zu den Cloaken frohnenden Plebejer von Tarquinius Priscus erfuhren, paßt wenig zu den sonstigen Schilderungen dieses durch die Plebs erhobenen und ihr freundlich gesinnten Königs; ich denke, sie wird auf den letzten Tarquinius zu beziehen seyn.

(Liv. 5., 55.). Aus der Republik kennen wir nur einen hierher gehörigen Neubau. Während der berühmten Censur des M. Porcius Cato und des L. Valerius wurde auch der den armen Plebejern zugewiesene und bis dahin viel weniger vorsorglich behandelte Aventinus, ingleichen andere noch nicht berücksichtigte Stadttheile mit öffentlichen Cloaken versehen (Liv. 39., 44.). — Die Schriftsteller der Kaiserzeit berichten uns, soviel ich weiß, von ähnlichen neuen Anlagen nichts.

Die bisher genannten Cloaken waren so großartig, daß sie ein geeigneter Gegenstand des patriotischen Stolzes für die Römer, das Erstaunen für andere Nationen wurden und in ihren der Zeit Trotz bietenden Resten auch noch von den heutigen Beschauern den Zoll der Bewunderung fordern [7]). Für Abführung des Unraths konnten jedoch der Natur der Sache nach diese colossalen Bauwerke nur als Hauptcanäle zur Aufnahme kleinerer öffentlicher, die Straßen durchziehender Cloaken dienen. Daß es wirklich solche der letzteren Gattung gab, dafür zeugt z. B. Sueton, wenn er berichtet, der Kaiser Nero habe zuweilen während der Dämmerung, die Straßen durchwandernd, die von der Mahlzeit Heimkehrenden aus reinem Uebermuth in die Cloaken hinabgestoßen (Nero c. 26.); an jene großen ist dabei natürlich nicht zu denken. Diese Stelle, sowie eine andere bei Horaz (Sat. II., 3., 242.), könnten

---

7) Dionys. 3., 67. Plin. 36., 15. Cassiod. 3., 30. Bunsen, Reste des königlichen Rom a. a. O. S. 151 ff.

zu der Annahme verleiten, als ob diese kleineren Cloaken aus offenen Gräben bestanden hätten. Bei einer mit Luxus gebauten Stadt würde das an sich wenig Wahrscheinlichkeit haben, eine andere Stelle zeigt überdieß, daß jene im Ganzen verdeckt und nur innerhalb größerer oder geringerer Entfernungen mit Oeffnungen versehen waren [8]), doch wohl, damit der Straßenkoth da hinabgestoßen werde.

Natürlich gab es in Rom neben diesen größeren und kleineren öffentlichen eine große Anzahl von Privatcloaken, das sind solche, welche nicht für das Gesammtinteresse der Stadt, sondern zunächst nur für den Privatvortheil Einzelner bestimmt sind [9]). Im Durchschnitt wird fast jedes Haus eine solche gehabt haben. Sie mündeten nothwendig zum größeren Theil in die öffentlichen ein, manche dagegen endeten auch an anderen Orten (Fr. 1. §. 9. D. de cloacis 43., 23.). Die Leitung selbst wird zum Theil durch offene Gräben (wenigstens werden diese durch die in fr. 1. §. 3. eod. gegebene Definition von cloaca nicht ausgeschlossen), gewöhnlich aber durch in den Boden versenkte Röhren erfolgt seyn. Dabei unterscheiden die römischen Juristen zwischen tu-

8) Sueton (de ill. gramm. c. 2.) erzählt nämlich, der Grammatiker Crates Mallotes sey durch einen Beinbruch, welchen er beim Fall in eine solche Cloakenöffnung erlitt (prolapsus in cloacae foramen), längere Zeit an die Stadt Rom gefesselt worden.

9) Privatcloaken in diesem Sinn konnten auch durch der Stadt gehöriges Gebiet geführt werden. So in Fr. 2. D. de cloacis.

bus und fistula [10]), ohne daß sie nur das Criterium des Unterschiedes mittheilten. Aus Vitruv (VIII., 7.) geht jedoch hervor, daß der Sprachgebrauch des Lebens unter fistulae bleierne, unter tubi thönerne Röhren verstand [11]). Vielleicht liegt in jener Pandektenstelle zugleich die Andeutung, daß hier wie beim aquaeductus in der Regel nur Röhren angewendet werden durften, nicht auch Mauerwerk (lapis, canalis structilis). — Von den einzelnen Häusern der Stadt lagen manche dem Orte der Ausmündung nothwendig so fern, daß nur durch fremdes Gebiet dahin gelangt werden konnte; oft daher gingen jene Röhrenleitungen unter einer Reihe von fremden Gebäuden und fremden Plätzen weg (Fr. 1. §. 11. h. t.).

Die Sorge für die Privatcloaken blieb ganz angemessen den einzelnen dabei interessirten Privatleuten selbst überlassen [12]). Was die öffentlichen Cloaken anlangt, so standen sie während der Republik sowohl für Neubau als für Ausbesserung und Reinigung, wie so viele andere ähnliche öffentliche Anstalten, unter der Obhut der Censoren (Liv. XXXIX., 44. Dionys. III., 67.). Diese genügten ihrer Verpflichtung hier wie anderwärts

---

10) Fr. 1. §. 6. h. t. Cloacae appellatione et tubus et fistula continetur.

11) Doch ist dieser Sprachgebrauch kein ausschließlicher, fr. 15. de serv. pr. rust. (8., 3.). — Dirksen im Manuale erklärt tubus durch fistula maior ohne nähere Angabe von Gründen.

12) Nach Frontin (de aquaed. 111.) war das aus den Wasserschlössern überlaufende Wasser (aqua caduca) vorzüglich für die Reinigung der Cloaken bestimmt.

dadurch, daß sie die erforderlichen Arbeiten an große Unternehmer (redemtores cloacarum) in Verding gaben [13]). — Im Jahre 721, also zur Zeit der sich lösenden republikanischen Verfassung, sehen wir den M. Agrippa in seiner Eigenschaft als aedilis mit der Aufsicht der Cloaken betraut (Plin. hist. nat. XXXVI., 15. Dio Cass. LIX., 43.). Bei der engen Verbindung, welche für das Bauwesen zwischen Censoren und Aedilen bestand, wird die Annahme sich rechtfertigen, daß überhaupt während der Republik die letzteren, als jenen untergeordnet und sie vertretend, wenn sie fehlten [14]), bei diesem Zweige der Baupolizei ebenfalls betheiligt waren. — Mehrere uns erhaltene Inschriften aus der Zeit Trajan's, Hadrian's und später [15]) zeigen, daß es damals eigene curatores cloacarum gab, jedoch in der Art, daß dieses Amt zugleich mit der cura alvei et riparum tiberis verbunden war. Daß die letztere eine

---

13) Dionys (III., 67.) nennt die enorme Summe von tausend Talenten, welche einmal nach längerer Vernachlässigung für Reinigung und Wiederherstellung der Cloaken (ἀνακάθαρσις καὶ ἐπισκευή) von den Censoren verwilligt wurde. Gewiß hat Bunsen Recht, wenn er diese Angabe auf die Censur des Cato bezieht (Liv. XXXIX., 44.). Plinius (hist. nat. XXXVI., 2.) zeigt, daß jene redemtores die Garantie für eine bestimmte Zeit übernahmen; denn nur unter dieser Voraussetzung ist zulässig, was dort erzählt wird, daß nämlich ein solcher von dem Aedilen M. Scaurus, als dieser ungeheure Marmorblöcke über die Cloakenwölbungen fahren wollte, satisdatio damni infecti zu fordern berechtigt war.

14) Becker, Handbuch der römischen Alterthümer II., S.312.

15) Gruteri inscriptt. p. 197. 198. Orellii inscriptt. Tom. I. 2284. 2285. Tom. II. 3042. 4910.

Einrichtung Octavian's sey, wissen wir aus Sueton (Octav. 37.). Ohne Zweifel hängt die Einführung dieser neuen Aemter mit dem Verfall der Censur zusammen; vielleicht ist die cura cloacarum auch schon von August begründet worden [16]). Die spätere Kaiserzeit steigerte den Titel des bisherigen curator zu dem eines unter dem praefectus urbi stehenden comes riparum et alvei tiberis et cloacarum (not. dign. occid. 7.).

So in Rom. Von den Cloaken der übrigen Städte des römischen Reichs ist uns weniger bekannt. Daß auch hier öffentliche und Privatcloaken neben einander bestanden, versteht sich von selbst [17]); nur hatten diese Anlagen hier weder die gleiche Wichtigkeit, noch auch waren sie in demselben großartigen Maßstab angelegt. Die öffentlichen Cloaken standen auch hier unter städtischen Beamten; die aediles werden vorzüglich haben sorgen müssen. Außerdem wissen wir noch, daß ein cloacarium als städtische Abgabe vorkam [18]).

II.

Bei der großen Wichtigkeit der Cloaken für die Wohlfahrt der Stadt kann es nicht Wunder nehmen, daß, wo das Civilrecht nicht ausreichte, der Prätor im

16) Zur Ausführung der Cloakenreinigung bediente man sich damals der zur Strafarbeit Verurtheilten. Plin. epp. X, 41.

17) Auch bezogen sich die interdicta de cloacis nicht etwa bloß auf Rom, sondern überhaupt auf die Städte. fr. 1. §. 2. D. de cloacis (43., 23.).

18) Fr. 27. §. 3. D. de usufr. (7., 1.). — Fr. 39. §. 5. de leg. I. (30.).

Interesse der Bürgerschaft auch diesen Gegenstand seiner Jurisdiction unterwarf. Er that das in der Form, welche ihm in der ältesten Zeit da, wo er die Möglichkeit von Privatprocessen schaffen wollte, allein zu Gebote stand, durch Interdicte.

tit. D. de cloacis (43., 23.).

Ich zweifele nicht, daß auch die interdicta de cloacis wie die meisten andern in die Zeit der Legisactionen hinabreichen. Mindestens zu Cicero's Zeit waren dieselben in voller Uebung [19]); in den Pandekten wird bei ihrer Erläuterung auf Ofilius und Trebatius, ferner auf Labeo und Favius Mela Bezug genommen.

Unter der Rubrik: de cloacis proponirte nach Ulpian's Zeugniß (Fr. 1. §. 1. h. t.) der Prätor zwei Interdicte, das eine auf die privatae, das andere auf die publicae cloacae bezüglich. Die Edictsworte für das letztere lauteten nach Fr. 1. §. 15., ohne daß dabei der Verdacht einer Verstümmelung durch die Compilatoren entstände, folgendermaßen:

> Quod in cloaca publica factum sive ea immissum habes, quo usus eius deterior sit, fiat, restituas. Item nequid fiat immittaturve, interdicam.

Wie bei manchem andern Interdict, so ermangeln auch hier die Pandekten eines jeden genaueren Commen-

---

19) p. Caec. XIII.: Qui (sc. praetor) dies totos aut vim fieri vetat aut restitui factam iubet: qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum controversiis interdicit, is repente obmutescet?

tars. Es ist uns überlassen, das Verständniß des prätorischen Willens theils den prätorischen Worten selbst, theils den in den Pandekten gegebenen sorgfältigen Erörterungen anderer verwandter Interdicte zu entnehmen[20]).

1) Obgleich die Worte facere und immittere in den sämmtlichen, dem unsrigen analogen Interdicten wiederkehren, so sind sie doch nirgends, wie sonst wohl

---

20) Als solche verwandte Interdictsformen müssen bezeichnet werden:

1) Das auf den locus publicus überhaupt bezügliche Interdict: Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quo lege etc. concessum est. De eo quod factum erit, interdictum non dabo. — Fr. 2. D. ne quid in l. p. (43., 8.)

2) Die beiden auf die via publica bezüglichen:

In via publica itinereve publico facere, immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit, fiat, veto. — Fr. 2. §. 20. eod.

Quod in via publica itinereve publico factum, immissum habes, q. e. v. i. v. i. d. s. f., restituas. — Fr. 2. §. 35. eod.

3) Die vier auf das flumen publicum bezüglichen:

Ne quid in flumine publico ripave eius facias, ne quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit, fiat. — Fr. 1. D. de fluminibus (43., 12.).

Quod in f. p. r. v. e. fiat, sive quid in id fl. ripamve eius immissum habes, quo st. i. v. n. d. s. f., restituas. — Fr. 1. §. 19. eod.

In flumine publico inve ripa eius facere aut in id fl. ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto. — Fr. 1. D. Ne quid in fl. p. (43., 13.)

Quod in fl. p. r. v. eius factum sive quid in fl. r. v. eius immissum habes, si ob id a. a. fluit, atque uti p. ae. f., restituas. — Fr. 1. §. 11. eod.

gewöhnlich, genauer definirt; die Interpreten haben sich mit Beispielen begnügt, ohne im Einzelnen anzugeben, ob diese dem einen oder dem andern Ausdruck zuzuzählen sind. Man wird leicht geneigt seyn, das immittere als einen unnützen Zusatz zu betrachten, als in dem allgemeinen facere mit enthalten. Daß das nicht der Fall sey, deutet Fr. 1. §. 9. ne quid in loco publico (43., 8.) an. Trotz seiner Fassung: ne quid in l. p. facias —, qua ex re quid illi damni detur ist dieses Interdict nach dieser Stelle demjenigen ohne Nutzen, welcher sich gegen die ihn am Baden im balneum publicum Hindernden sichern will. Daraus folgt, daß nicht jede dem Andern nachtheilige Handlung schon deßhalb vom Interdict ergriffen wird, weil sie auf dem l. p. verübt wird, daß vielmehr facere in l. p. den Sinn haben muß: etwas mit dem l. p. selbst machen, eine Veränderung mit seiner Substanz vornehmen; dahin gehört die Verschlechterung des Bodens, die Anlage einer moles, eines opus (Fr. 2. §. 8. §. 39. ne quid in l. p. 43., 8.). Das immittere enthält mithin etwas Neues; es ist darunter das Hineinleiten z. B. eines Grabens oder auch einer cloaca privata zu verstehen (Fr. 2. §. 26. 27. eod.), ingleichen das Hineinwerfen, das Hineinragenlassen eines Gegenstandes [21]) (bei der via publica wird eines umgestürzten Baumes gedacht Fr. 2. §. 40. eod.). —

---

21) Die Definition, welche Labeo in Fr. 242. §. 1. de V. S. (50., 16.) von immittere im Gegensatz zu protegere giebt, ist, als lediglich auf die bekannten Servituten dieses Namens bezüglich, hier unbrauchbar.

So müssen also die Worte facere und immittere auch bei unserem Interdict verstanden werden.

2) Aber nicht ein jedes facere oder immittere des Andern giebt Veranlassung zum Interdict — im Gegentheil besteht ja gerade ein Hauptzweck der cloacae publicae in der Aufnahme der in sie einmündenden privatae cloacae —, sondern nur dasjenige, quo usus cloacae p. deterior sit, fiat, also wodurch die gemeinsame Benutzung dieser öffentlichen Cloaken durch die Gesammtheit beeinträchtigt wird. Der Nutzen des Einzelnen weicht dem höheren des Ganzen, dabei liegt in den Worten sit, fiat keine tautologische Häufung, sie sagen: das Interdict ist begründet, nicht nur wenn die Anlage schon gegenwärtig schadet (sit), sondern auch wenn der Nachtheil als ein künftiger vorausgesehen wird (fiat). So nämlich werden die Worte des *interd. de via publica*: quo ea via idve iter deterius sit, fiat interpretirt [22]). — Besondere Wichtigkeit hat die Fassung dieses Formelglieds insofern, als sie ergiebt, daß der Impetrant nur den Beweis der Gemeinschädlichkeit, nicht auch den zu führen hat, daß speciell er verletzt werde; es heißt nicht: qua ex re quid illi damni detur, oder quo usus eius illi deterior sit, fiat.

3) Eine besondere Beachtung verdient weiter die

---

22) Fr. 2. §. 31. ne quid in l. p. (43., 8.). — Das Gleiche will offenbar Ulpian in Fr. 1. §. 16. de cloacis (43., 23.) aussprechen: — ne quid ad cloacam immittas neve facias, quo usus deterior sit, neve fiat. Ich glaube, das letzte neve ist ein gedankenloser Ausfluß aus dem voraufgehenden neve facias und lese daher quove fiat.

Fassung: **factum — immissum habes** im Gegensatz zu der andern möglichen fecisti, immisisti. Ihr zufolge wird vom prätorischen Befehl nicht der Urheber als solcher, sondern nur der derzeitige Inhaber des factum vel immissum betroffen, mag er es selbst gemacht oder überkommen haben. Das Interdict geht mithin auf den Singularsuccessor über.

Darin, daß gesagt ist: habes, nicht possides, liegt ferner, daß auch der bloße Detentor der rechte Beklagte seyn soll; zugleich ist der juristische Besitzer in diesem, als dem weiteren Ausdruck, mitbegriffen [23]). Daß nun überhaupt das Interdict gegen den jedesmaligen Inhaber der schädlichen Anlage gerichtet wird, ist bei seinem Endzweck der realen Restitution vollkommen angemessen.

Endlich ergiebt die Fassung dieses Gliedes, daß der Urheber des opus, dafern er es nicht mehr hat, auch nicht gehalten seyn kann; wie das Ofilius für das int. rest. de via p. wirklich behauptet (Fr. 2. §. 39. ne quid in l. p. 43., 8.). Nur fügt Labeo gemäß jener freieren Auffassung des Rechts, welche diesen größten aller römischen Juristen auszeichnet, hinzu, daß, wer dolo fecit quominus vel possideret vel haberet im Sinne der Interdicte als ein Habender zu betrachten sey [24])

---

23) Völlig in diesem Sinn werden die Worte des int. rest. de via p.: factum immissum habes in Fr. 2. §. 37. 38. 42. ne quid in l. p. (43., 8.), ferner die ähnlichen des int. rest. de fluminibus publ. in Fr. 1. §. 22. de fluminibus (43., 12.) erörtert.

24) Es ist mir wahrscheinlich, daß diese Labeonische dem practi-

(Fr. 2. §. 42. ne quid in l. p. 43., 8. — Fr. un. §. 13. ne quid in fl. pub. 43., 13.). Ulpian endlich geht bei Gelegenheit des interd. rest. de via p. so weit, als seine persönliche Ansicht hinzustellen, daß gegen den nicht mehr habenden Urheber, von seinem dolus ganz abgesehen, ein utile interdictum in der Art zu geben sey: ut quod in via publica aedificarit restituat (Fr. 2. §. 39. ne quid in l. p. 43., 8.). Nach diesem Muster unterliegt es keinem Bedenken, daß dieser Jurist auch für die cloaca publica zu folgendem utile interd. seine Zustimmung nicht versagt haben werde: quod in cl. p. fecisti sive ea immisisti, quo usus eius deterior sit, fiat, restituas: eine Formel, welche auch den nicht mehr Habenden bindet, gerade wie das interd. unde tu illum vi deiecisti auch den nicht Besitzenden.

4) Für das die Formel beschließende *restituas* gilt dieselbe milde Auslegung, welche die römischen Juristen für das interd. rest. de via p. und sonst unzweifelhaft anerkennen (Fr. 2. §. 43. ne quid in l. p. 43., 8.). Nur derjenige Beklagte nämlich, welcher selbst die zu beseitigende Anlage machte, hat auch selbst und auf eigene Kosten zu restituiren; wer dagegen nur als Habender, nicht auch als Urheber des Werks in Anspruch genommen wird, genügt dem prätorischen Befehl, sofern er nur der Wegnahme durch den Impetranten kein Hinderniß entgegenstellt. Auf diese Art beseitigt die Inter-

---

schen Leben entsprechende freie Auffassung der Interdicte dem SC. iuventianum zum Vorbild gedient habe.

pretation eine im Interdict dem Anscheine nach liegende Härte.

5) Bei den für öffentliche Wege und öffentliche Flüsse gegebenen Interdicten hatte der Prätor stets für dieselbe Sache eine prohibitorische und eine restitutorische Formel im Edict neben einander proponirt. Auch für die cloaca publica besteht dieselbe Absicht, nur findet sich insofern ein Unterschied in der Edictsform, als hier nicht die prohibitorische Formel selbst, sondern lediglich durch die Anhangsclausel: Item nequid fiat immittaturve, interdicam das Versprechen einer solchen gegeben wird. Die Veranlassung zu dieser Ausdrucksart mag in dem Umstande liegen, daß, weil die Cloaken in der Erde verborgen sind, in der Regel die Schädlichkeit einer Anlage nicht vor deren practischer Wirksamkeit wird erkannt worden seyn, so daß das restitutorium interd. durchaus die Hauptsache bildete, jene Zusatzclausel vielleicht sogar erst in späterer Zeit entstand [25]). Die Fassung des prohibitorium interd. ist nach der Analogie

25) In Fr. 1. de cl. sagt Ulpian: Sub hoc titulo duo interdicta praetor subiecit, unum prohibitorium, alterum restitutorium; et primum restitutorium. Da unter dem proh. das de cloacis priv. verstanden ist, wird mithin das prohibitorium de cl. publ. gar nicht berücksichtigt. Weil dasselbe bloß in einer Anhangsclausel versprochen, nicht selbstständig ausgeführt ist, so erklärt es sich, weßhalb die römischen Juristen dergleichen Edictsstellen nur für ein Interdict rechnen. Dagegen ist nicht glaublich, daß Ulpian die letztere prohibitorische Form hier ganz übergangen haben sollte. Vielleicht schrieb er hier gerade wie in Fr. 1. §. 1. de aq. quot. (43., 20.): alterum prohibitorium et interdum restitutorium. Die Corruptel primum ließe sich leicht erklären.

der prohibitorischen bei via publica und flumen publicum leicht erkannt. Sie muß gelautet haben:

In cloaca publica facere inve eam immittere quid, quo usus eius deterior sit, fiat, veto.

Die eben gegebene Exegese, wie sie eines Theils nicht alle Fragen löst, regt anderer Seits einige neue Fragen an.

I. Oben wurde behauptet, es sey das Interdict auch gegen den Besitzer gerichtet. Da es sich hier um einen locus publicus handelt, so verstößt diese Ansicht gegen die schon bei Donellus sich findende (comm. XV., c. 37. §. 10.), auf Savigny's Auctorität hin (das Recht des Besitzes 6. Aufl. S. 133.) herrschende Theorie, an res publicae sey Besitz überhaupt unmöglich. In der That halte ich diese Annahme für unzulässig. Von vorn herein sehe ich nicht ab, wie mit ihr die Hypothese von der Entstehung des ganzen Besitzrechts am ager publicus verträglich sey. Weiter nimmt Niemand die res publicae von der außerordentlichen Ersitzung aus, trotz des auch bei ihr geforderten Besitzes. — Daß die öffentlichen Sachen eben so gut Gegenstand des Besitzes seyn können, als die privaten, leuchtet ein; die Ausnahme müßte mithin positiv verordnet seyn. Als Beweis dafür beruft man sich auf Fr. 3., §. 17. und Fr. 30. §. 3. de poss. (41., 2.), Stellen, welche, weil sie sagen, daß das vom Meer oder von einem Flusse occupirte Land aufhört, in unserem Besitze

zu seyn, lediglich Anwendungen des bekannten Satzes darbieten, wonach der Besitz mit der factischen Möglichkeit der unumschränkten Herrschaft verloren geht [26]). Einen directen Beweis für die Möglichkeit des Besitzes an res publicae liefert die Ulpian'sche Exegese des interd. rest. de via publica. In Fr. 2. §. 38. sagt der Jurist zur Erläuterung des quod in via publica — factum habes: Habere eum dicimus, qui utitur et iure possessionis fruitur, er nimmt also an, daß ein opus in loco publico factum besessen werden könne; und daß er hier nicht etwa gedankenlos bloß die Detention bezeichnen wollte, beweist §. 42. eod., wo Detention und wahrer Besitz wiederholt einander entgegengesetzt, und doch zugleich beide als mögliche Veranlassungen dieses Interdicts betrachtet werden [27]).

II. Aus der gegebenen Erörterung des Formelgliedes: quo usus eius deterior sit, fiat, wonach nur die Beeinträchtigung der öffentlichen Cloaken im Allgemeinen, nicht auch die Beschädigung des Impetranten im Besondern Requisit ist, folgt, daß das Interdict keine actio privata, sondern eine solche quae suum ius populi tue-

---

26) So faßt schon Donellus diese Stellen an einem anderen Ort (Comm. V., c. 12. §. 10.).

27) Hoc interdictum locum habet etiam adversus eum, qui dolo malo fecit, quominus possideret vel haberet; etenim parem esse conditionem oportet eius, qui quid possideat vel habeat atque eius, cuius dolo malo factum sit, quominus possideret vel haberet — —. Daß fundi patrimoniales besessen werden können, ist außer Zweifel c. 14. C. I. de fundis patrim. (11., 61.)

tur, mit andern Worten ein populare interdictum sey. Bei dieser Gattung von Klagen vertritt der Einzelne die Gesammtheit [28]). Allein es gewinnt den Anschein, als ob dieser Vorzug der popularia interdicta im weiteren Verlaufe des Processes deßhalb wieder vernichtet werde, weil in der aus ihnen folgenden arbitraria actio die condemnatio doch wieder auf id quod actoris interest gerichtet [29]), also eine Verurtheilung gerade wie bei den gewöhnlichen Interdicten nur durch Nachweisung eines persönlichen Nachtheils ausgewirkt wird. — Dennoch würde die Annahme einer solchen practischen Gleichstellung beider Arten aus zwei Gründen ein Irrthum seyn. Erstens bleibt dabei das Sponsionenverfahren — ursprünglich die wichtigste, vielleicht die einzige Folge der Interdicte — unberücksichtigt. In diesem siegt der Kläger, wenn er beweist, der Impetrat habe, dem prätorischen Befehl zuwider, nicht restituirt (si contra edictum praetoris non restituisti); er siegt also bei unserem Interdict auch ohne alles persönliche

---

28) Aus dieser Qualität unseres Interdicts erledigt sich zugleich die nirgends in den Quellen berührte Frage nach der Verjährung. Es muß nämlich auch von ihm gelten, was von dem rest. de via publ. gesagt wird (Fr. 2. §. 44. ne quid in l. p. 43., 8.): interdictum hoc non esse temporarium sciendum est; pertinet enim ad publicam utilitatem.

29) Fr. 2. §. 34. 44. ne quid in l. p. (43., 8.) — Fr. 1. §. 3. de via publ. (43., 11.) — Für unser Interdict mag die arbitraria formula gelautet haben: Si paret, Nm Nm in cloaca publica factum quid sive ea immissum habere, nisi id restituat, Nm Nm Ao Ao quanti ea res est condemna, s. n. p. a. Vergl. Keller Semest. lib. II. 319.

Interesse, und wird ohne ein solches um die arbitraria formula gar nicht gebeten haben; that er es doch, so erfolgte hier absolutio des Beklagten trotz seiner condemnatio exsponsione. — Zweitens. Späterhin wird das arbitrium direct exequirt. Das bekannte mit Ulpian's Namen überschriebene Fr. 68. de rei vind. (6., 1.) sagt das ausdrücklich auch von den Interdicten. Der Streit über den Zeitpunkt, seit welchem dieser processualische Fortschritt eingetreten, hängt wesentlich davon ab, ob man jenes Fr. 68. für interpolirt hält oder nicht. Die letztere Meinung wird dann zur Gewißheit werden, wenn wir andere jüngere oder mindestens gleichzeitige Juristen als Gewährsmänner für Ulpian's Satz anführen können. Selbst Bethmann-Hollweg, der für die Aechtheit ist, spricht aus, es gäbe nicht ein einziges älteres Zeugniß (Handbuch des Civilprocesses Bd. I. S. 330.). Zwar hat er sicher mit vollem Grund die Anführungen Zimmern's verworfen, allein ich halte dafür, daß ein solches bis jetzt meines Wissens nirgends benutztes, gerade auf die Interdicte bezügliches Zeugniß vorhanden sey, und zwar des dem Ulpian fast um ein Jahrhundert voraufgehenden Juristen Salvius Julianus (Fr. 7. ne quid in loco p. 43., 8.).

Iulianus libro XLVIII. Digestorum[30]).

---

30) Haloander freilich schreibt das Fragment dem Paullus zu. Allein nirgends sonst haben wir von einem paullinischen Werk dieses Titels Kunde; überdieß ist es in hohem Grade unwahrscheinlich, daß die Compilatoren eine so umfangreiche Schrift eines der berühmtesten Juristen, wenn sie anders existirt hätte, nur ein einziges Mal sollten benutzt haben.

— Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demoliri, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet; alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit.

Kein Wort erweckt hier den Verdacht einer Interpolation; der Ausdruck adversus edictum praetoris weist im Gegentheil auf die classische Zeit, welche bei der aus dem Interdict folgenden sponsio gerade dieses Wortes zur Bezeichnung des prätorischen Befehls sich bedient. — Julian redet vom interd. ne quid in l. p. Zuerst der prätorischen Clausel sich erinnernd de eo quod factum erit, interdictum non dabo spricht er aus, daß man nicht gezwungen werden könne, Gebäude, welche man, von keinem Verbot behindert, auf öffentlichem Boden errichtete, wegzunehmen. Dann geht der Jurist zum Gegensatz über: hat man aber gebaut, einem erlassenen Interdict zuwider, so muß man wegnehmen. Das debet hat offenbar denselben Sinn, wie das voraufgehende cogendus est: man wird im Nothfall dazu gezwungen; dafür spricht mit Entschiedenheit das vom Juristen dafür gebrauchte Argument: sonst würde der prätorische Befehl illusorisch seyn. Unmöglich kann dieses nur die pecuniaria condemnatio rechtfertigen sollen. Ich sehe darin die Execution des arbitrium, also den processualischen Weg [31]). Demnach ist schon nach der Ansicht

31) Die Glosse freilich verknüpft die Stelle mit Fr. 2. §. 17.,

Julian's das arbitrium iudicis bei Interdicten zu exequiren, ein gewichtiger Ausspruch aus dem Munde dessen, der das Edict ordnete. Dabei ist die Gattung des Interdicts nicht zu übersehen; es ist eines von denen, welche die publica utilitas befördern. Möglich, ja nach dem von Julian angegebenen Grunde sogar wahrscheinlich, daß gerade bei ihnen, also namentlich auch den popularia interd., der Ausgangspunkt dieser ganzen Execution zu suchen ist, und daß sie erst späterhin von da aus auf die reinen Privatklagen übertragen wurde. — Seit der Zeit nun, wo man das arbitrium bei den Interdicten direct vollstreckte, also etwa seit Julian, konnte der Kläger beim populare interdictum die arbitraria a. selbst dann mit Wirksamkeit gebrauchen, wenn er für seine Person nicht interessirt war; er drang eben — und es ist das ganz im Sinne dieser Klagen — auf Execution. Mit dem zur Regel erhobenen Extraordinarverfahren fallen die Sponsionen dahin; von dieser Zeit giebt es also nur noch die, wenn auch nicht formell, doch materiell bestehende arbitraria actio, und die Auszeichnung des populare vor dem privatum interdictum giebt

---

denkt daher an den qui operibus publicis procurat, also an den Polizeiweg. Das ist verwerflich; hätte Julian diesen und nicht den Rechtsweg im Auge gehabt, so konnte er erstens nicht sagen, das vor dem Interdict Gebaute bleibe unberührt, denn die Polizei hat die Befugniß, auch hier einzugreifen (§. 17. c.), ferner hätte nicht behauptet werden können, die Wegnahme erfolge zur Aufrechthaltung des prätorischen Befehls; denn die den opera publica vorgesetzten Beamten handeln nach eigenem Ermessen der Zweckmäßigkeit.

sich demnach darin kund, daß man bei ihnen, ohne durch persönlichen Vortheil dazu bestimmt zu seyn, die Execution, insbesondere die Wegräumung des allgemein schädlichen opus im Nothfall durchs Gericht erwirkt. Wer dagegen glaubt, daß Fr. 68. interpolirt sey, wird bis dahin für die Zeit des Extraordinarverfahrens einen practischen Unterschied zwischen populare und privatum interdictum anzugeben nicht im Stande seyn.

III. Aber was konnte überhaupt den Prätor veranlassen, dieses specielle Interdict zu proponiren neben dem generellen ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur? Die Frage wiederholt sich für die zum Besten der viae publicae, ingleichen der flumina publica erlassenen Specialinterdicte. Man wird nicht sagen wollen, die cloaca publica sey kein locus publicus; über die öffentlichen Wege werden besondere Interdicte proponirt, obgleich jene nach ausdrücklichem Zeugniß Labeo's unter das Interd. ne quid in l. p. fallen [32]).

Für die restitutorischen erwähnten Specialinterdicte liegt eine Nothwendigkeit auf der Hand, des Zusatzes wegen, welcher dem interd. ne quid in l. p. beigegeben ist: de eo quod factum erit interdictum non dabo. Doch es muß noch einen andern Unterschied geben, oder wozu sonst in allen jenen Fällen die inter-

32) Fr. 2. §. 3. ne quid in loco p. (43., 8.) Publici loci appellatio quemadmodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat.

dicta prohibitoria? Die Verschiedenheit findet sich in dem den Schaden beschreibenden Formelglied. Das generelle Interdict nämlich fordert eine dem Impetranten selbst zugefügte Verletzung (qua ex re quid illi damni detur); bei den sämmtlichen Specialinterdicten dagegen wird nur Gemeinschädlichkeit der Neuerung verlangt, ob der Impetrant für seine Person interessirt sey, ob nicht, ist gleichgültig (quo ea via idve iter deterius sit, fiat — quo statio iterve navigio deterior sit, fiat — quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit — quo usus cloacae publicae deterior sit, fiat). Mit andern Worten, es ist das generelle ne quid in loco publico fiat ein privatum interdictum [33]), die speciellen sind insgesammt interdicta popularia [34]).

Danach stellt sich das Verhältniß dieser Interdicte zu einander so heraus. Die loci publici können in der Regel von Jedermann benutzt werden. Der Einzelne kann den Einzelnen an jeder Anlage verhindern, wodurch

---

33) Daher ist die z. B. in Weiske's Rechtslexicon V., S. 592. vertretene Ansicht, als gehöre auch dieses Interdict zu den popularia, eine Verwechselung, zu welcher namentlich Ulpian's Aeußerung in Fr. 2., §. 2. ne quid in l. p. (43., 8.): Et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur Veranlassung gegeben haben mag. Ein völlig privates Interdict kann ganz füglich mittelbar dem öffentlichen Interesse dienen. Gerade so heißt es vom interd. de loco publico fruendo in Fr. 1. §. 2. h. t. (43., 9.): Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi, palam est, und doch ist dasselbe offenkundig ein privatum.

34) Von geringerem Gewicht ist eine andere Differenz. Während für die Mehrzahl der speciellen Interdicte die Voraussicht eines künftigen Schadens (sit, fiat) genügt, fordert das generelle einen gegenwärtigen (ein damnum dari).

ihm persönlich die Benutzung verkümmert wird. Dazu dient ihm das interd. ne quid in l. publico, jedoch nur, wenn er zeitig es gebraucht; ist das opus schon fertig, so giebt es keine rechtliche Hülfe (de eo quod factum erit, interdictum non dabo) [35]). Dagegen für einige besonders wichtige öffentliche Gegenstände genügt dieser beschränkte Schutz nicht; bei ihnen soll einmal auch auf Entfernung des vollendeten opus angetragen werden können (interdicta restitutoria), ferner soll jeder aus dem Volk ohne weitere Beschränkung zu einem derartigen Antrage befugt seyn (interdicta popularia). Die so begünstigten Gegenstände sind: die öffentlichen Wege, die öffentlichen Flüsse, die öffentlichen Cloaken.

IV. Als Grund, weßhalb dem Einzelnen kein interd. de cl. publica purganda reficienda proponirt ist, wird angegeben: die öffentlichen Cloaken stehen unter der Obhut der öffentlichen Beamten (Fr. 1. §. 2. de cloacis (43., 23.): publicae enim cloacae publicam curam merentur). Wenn dem so ist, warum wird nichtsdestoweniger wegen des facere et immittere in cloacam publicam von Seiten Dritter dem Privatmann ein Interdict gegeben? Diese Frage wird deßhalb noch dringender, weil die Interpretation die ebenfalls auf das facere und immittere bezüglichen interdicta de via publica bei viae urbanae (obgleich dieselben dem Wort nach unter die Interdicte

35) Der Grund für diese Beschränkung liegt darin, ne ruinis urbs deformetur (Fr. 7. ne quid in l. p. 43., 8.).

fallen), versagen zu müssen geglaubt hat, harum enim cura pertinet ad magistratus (Fr. 2. §. 24. ne quid in l. p. 43., 8.).

Der Grund der Ausschließung der Interdicte ist in beiden Fällen der gleiche. Es erfordert die gute Ordnung, daß in den, einem Staatsbeamten zugewiesenen Dienstkreis nicht jeder Privatmann beliebig hineingreife; wo die Geschäfte nach weiteren und allgemeineren Gesichtspunkten geleitet werden, würde die Stückarbeit der Einzelnen leicht die Harmonie des Ganzen beeinträchtigen. — Weßhalb aber bei den städtischen Wegen in der öffentlichen Aufsicht Veranlassung zum Ausschluß gerade derselben Interdicte gefunden wird, welche für die öffentlichen Cloaken trotz dem, daß auch sie unter öffentlichen Beamten stehen, neu eingeführt werden, das erklärt sich aus der Verschiedenheit der Gegenstände. Die städtischen Straßen liegen den zur Beaufsichtigung Verordneten offen vor Augen; ein in gewissen kurzen Perioden wiederkehrendes Durchschreiten giebt Gelegenheit zur Auffindung aller etwaigen Mißstände, zur Beseitigung des factum und immissum. Dagegen liegen die öffentlichen Cloaken in der Nacht der Erde verborgen. Zwar für Reinigung und Ausbesserung derselben kann der Beamte trotz dem gehörige Sorge tragen; ob dagegen bei der großen Summe der einmündenden Privatcloaken nicht irgendwo ein Privatmann seine Anlage in der Art gemacht hat, daß dadurch der gemeine Nutzen der öffentlichen Cloaken gefährdet werde, das zu übersehen vermochte auch

nicht die größeste Aufmerksamkeit der Beamten. Demnach war es eine ganz zweckmäßige Anordnung des Prätors, wenn er diesen Punkt der Wachsamkeit der Bürgerschaft überhaupt anheimgab.

III.

Die rechtliche Befugniß, eine cloaca privata durch fremde Grundstücke zu führen, erwarb der einzelne Hauseigenthümer natürlich nur in Form einer servitus cloacae [36]). Die hieraus folgende confessoria actio, den Beweis des Rechts erfordernd, erschien jedoch dem Prätor nicht genügend. Denn wenn auch die Privatcloaken ihrem Begriff gemäß zunächst nur für den Vortheil der Privaten bestimmt sind, so hängt doch davon, daß sie unausgesetzt in gutem Zustande seyen, die Gesundheit der städtischen Luft wesentlich mit ab, und es läßt sich daher behaupten, daß auch sie, wenn auch nur mittelbar, dem gemeinen Nutzen dienen.

Von diesem Gesichtspunkt aus ließ sich der Prätor leiten[37]), als er, damit man zur Ausbesserung und Rei-

---

36) Nur in einer Stelle finde ich dieselbe geradezu als servitus praediorum urbanorum bezeichnet, nämlich bei Gai. Visegoth. II., 1., 3. — Man hat daran Anstoß genommen, daß die s. cloacae auch unter den servitutes praediorum rusticorum aufgeführt wird. Wenn man sich erinnert, daß die öffentlichen Cloaken zum Theil den Zweck haben, sumpfige Stellen zu entwässern, so wird die Annahme, das Gleiche habe auch durch privatae cl. erfolgen können, gestattet seyn.

37) Fr. 1. §. 7. de cloacis (43., 23.). — Quia autem cloacarum

nigung dieser Cloaken auch ohne jenen umständlichen Servitutenbeweis gelange, folgendes Interdict proponirte (Fr. 1. p. h. t.):

> Quo minus illi cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinent, q. d. r a., purgare reficere liceat, vim fieri veto. Damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo.

Man sieht, die Bedingungen, an welche das Interdict seinen prohibitorischen Befehl knüpft, sind sehr einfach. Vor Allem ist nothwendig, daß eine Privatcloake wirklich vorhanden sey, welche, von dem Hause des Impetranten ausgehend, durch fremdes Hausgebiet sich erstreckt [38]). Dabei ist unter aedes nicht bloß Wohnhaus, sondern überhaupt jedes Gebäude zu verstehen. Es genügt ferner, wenn die Cloake nicht unmittelbar von Haus zu Haus, sondern von Vorplatz zu Vorplatz geführt ist [39]). Wenn aber endlich Labeo so weit geht,

---

refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur — — Vergl. Fr. 1. §. 2. eod.

38) In Fr. 1. §. 10. h. t. Quod ait praetor *pertinet* hoc significat quod ex aedibus eius in tuas pertinet, hoc est, dirigitur, extenditur, pervenit sind die hervorgehobenen Worte störend und verdächtig; sie gleichen einem Glossem, welches die ganzen prätorischen Worte anstatt des kurzen Ulpianschen pertinet wiederholen wollte. Man wird dieselben unbedenklich streichen können.

39) Fr. 1. §. 8. h. t. — — Hoc amplius Labeo putabat, huic interdicto locum esse et si area ab utralibet parte aedium sit. Pforbten (im Archiv für Civ. Praxis Bd. XXII. S. 18.) meint, der Jurist habe den Fall im Auge, wo einem künftig zu errichtenden Gebäude eine servitus cloacae im Voraus bestellt worden sey. Allein die Worte der Stelle setzen offenbar das Vor-

das Interdict für zulässig selbst dann zu erachten, wenn die Cloake über ein fremdes Landgrundstück sich erstreckt (Fr. 1. §. 8. h. t.), so genügt er zwar offenbar dem Lebensbedürfniß, entfernt sich auch nicht von dem Geiste des Edicts; da er jedoch mit den Worten des letzteren nicht im Einklang steht, so kann er nur ein utile interdictum meinen mit der Fassung: quo minus illi cloacam, quae ex aedibus eius in agrum tuum pertinet etc.

Die zweite Bedingung liegt in den Worten: aedes eius und aedes tuae. Ulpian erläutert sie an diesem Orte nicht, wir besitzen jedoch zu einem andern, dieselbe prätorische Ausdrucksweise darbietenden Interdict den Commentar der classischen Juristen. Die Worte des interd. de arb. caed.: quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendent werden von den römischen Interpreten (Ulpian in Fr. 1. §. 4. 5. de arbor. caed. (43., 27.) Paul. sent. rec. V., 6., 13.) auf den Eigenthümer (und zwar den nach ius gentium so gut als den quiritarischen; das ist der Sinn der Worte des Paulus: idque qualiscunque dominus facere non prohibetur) und den Usufructuar, also die dinglich Berechtigten, welche dabei interessirt sind, bezogen. Ueber diese Personen wird, gemäß dem juristischen Sprachgebrauch von meum und tuum esse, nicht hinausgegangen. Es

---

handenseyn eines Gebäudes voraus, und es ist überdieß die Besprechung des sonderbaren Falles, wo Jemand die für ein künftig aufzubauendes Haus schon jetzt gemachte Cloake zu reinigen wünscht, dem practischen Sinn der römischen Juristen zuwider.

ist unzweifelhaft, daß diese Auslegung ebenmäßig für unser Interdict gelten müsse [40]).

Als drittes Requisit kann man die in den Anhangsworten des Edicts verordnete cautio damni infecti nicht betrachten. Denn der prätorischen Fassung nach ist dieselbe nicht etwa wie bei dem int. de ripa munienda (— si tibi damni infecti cautum sit, vim fieri veto) oder dem de itinere actuque privato reficiendo (qui hoc interdicto uti velit is adversario damni infecti caveat) Vorbedingung des Interdicts, sondern es besteht gerade wie bei dem interd. de aqua ex castello ducenda (quandoque de opere faciendo interdictum erit, damni infecti caveri iubebo) lediglich die Befugniß des Impetraten, eine solche noch dazu sehr mild interpretirte [41]) cautio zu fordern, unbeschadet dem Interdict [42]).

Der maßgebenden Formel zufolge hat daher das Interdict nur zwei Erfordernisse, des Impetranten dingliche Berechtigung am Hause und die Existenz der Cloake. Daraus ergiebt sich, daß im Vergleich mit andern, die

40) Manche Juristen freilich (z. B. Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II. §. 414.) gewähren das Interdict einem jeden Hausbesitzer, um die Bedeutung von tuae aedes völlig unbekümmert.

41) Fr. 1. §. 12. h. t. Desgleichen ist die operis novi nuntiatio ausgeschlossen Fr. 1. §. 13. h. t.; Fr. 5. §. 11. d. o. n. n. (39., 1.)

42) In Fr. 1. §. 14. h. t. ist pollicetur vom Activum pollicere abzuleiten (Fr. 1. §. 18. de exercit. act. 14., 1.); dicendum bedarf sicher nicht der Emendation von Voorda videndum, sondern ist im Sinne von edicendum zu verstehen. Vgl. Schulting et Smallenburg notae at dig. Tom. VI. p. 583.

Ausübung von Servituten schützenden Interdicten gegenüber, dieses außerordentlich begünstigt sey.

Zuerst fehlt hier die bei denjenigen Interdicten, welche einzelnen Servituten entsprechen, sonst durchweg als perpetua ins Edict aufgenommene exceptio vitiosae possessionis. Auch ist das nicht eine bloße Zufälligkeit; daß jene nicht etwa im einzelnen Fall dennoch wie so manche andere auf speciellen Antrag des Gegners d Interdict eingefügt werde, sagt uns Fr. 1. §. 7. h. Eine dem Zweck des Interdicts völlig entsprechende A. ordnung.

Zweitens halte ich dafür, daß quasi possessio iuris kein Erforderniß des int. de cl. priv. sey, dasselbe also nicht in die Kategorie der interdicta quasi possessoria gehöre. Die entgegengesetzte allgemein herrschende Theorie verdankt meines Erachtens *lediglich* der Gewohnheit, die derartigen Interdicte überhaupt der Besitzeslehre unterzuordnen, ihren Ursprung. — Savigny macht bekanntlich für den Besitz der positiven dinglichen Servituten zwei Klassen; bei der ersten „ist das, was vermöge der Servitut geschehen darf, eine eigene Handlung für sich, die nur mittelbar auf ein anderes Grundstück sich bezieht, z. B. ius itineris", bei der zweiten „ist es mit dem Besitz eines andern Grundstücks unmittelbar verbunden, z. B. ius tigni immittendi" (das Recht des Besitzes 6. Aufl. S. 584.). Das ius cloacae stellt nun Savigny (S. 606.) in die zweite Klasse, womit stillschweigend erklärt ist, was Donellus (comm. de iure c. XV., 34., 11.) ausdrücklich sagt, daß hier

die quasi possessio iuris schon durch die Existenz der Anlage an und für sich ohne weitere Handlung des Besitzers begründet sey. Ich bin weit entfernt, die Angemessenheit jener im Wesen der Sache begründeten Klassenunterscheidung im Allgemeinen in Abrede zu stellen; aber das ius cloacae gehört meines Dafürhaltens nicht in die zweite, sondern in die erste Klasse.

Genau betrachtet giebt es drei Formen, in welchen die Ausübung der positiven Servituten sich darstellt. Die einen werden allein durch die Thätigkeit des Servitutenin habers ausgeübt, ohne daß mit ihnen eine eigene Anlage auf dem fremden Grundstück verbunden wäre (ius itineris, ius pascendi); bei den andern liegt die Ausübung lediglich in dem Vorhandenseyn der in das fremde Eigenthum eingreifenden Anlage (so beim ius tigni immittendi, proiiciendi); die dritte Form endlich besteht in einer Verbindung der beiden ersten, so bei der via, beim aquaeductus, so endlich bei der cloaca. Es fragt sich nun, ob in diesem letzten Falle der Quasibesitz der Servitut für den Besitzer des herrschenden Grundstücks als begründet angenommen werden muß durch die Existenz der Anlage an sich, oder erst durch das hinzukommende persönliche Handeln. Sieht man überhaupt auf die Natur der Quasipossessio, so bildet die Uebung des Rechts die Analogie des factum possessionis, das Princip ist hier: usus pro possessione est. Da, wo durch die Existenz der Anlage der ganze Zweck der Servitut erfüllt wird, hat, sofern jene einen integrirenden Theil der herrschenden Sache ausmacht, der Besitzer der letz-

teren (vom erforderlichen animus possidendi abgesehen) nothwendig die Quasipossessio der Servitut. Wo dagegen die Anlage nur die Bestimmung hat, für eine positive Thätigkeit des Inhabers des herrschenden Grundstücks zu dienen, wird auch nur mit der wirklichen Vornahme dieser Thätigkeit der Quasibesitz als geübt gelten können. So faßt das römische Recht die Sache entschieden bei der via; möge sie immerhin als hergerichtete Straße bis an das herrschende Grundstück heran sich erstrecken, wenn der Besitzer des letztern nicht geht, fährt u. s. w., so ist von einer Quasipossessio nicht die Rede: das int. quo itinere vel via beweist das mit Entschiedenheit, denn es wird nur geschützt, qui usus est. Das Gleiche gilt vom aquaeductus; nur der hat das Interdict, qui duxit. Für diese beiden Servituten erkennt das auch Savigny dadurch an, daß er sie seiner ersten Klasse einreiht. Mir scheint nun unzweifelhaft, daß die cloaca ganz derselben Behandlung unterworfen werden müsse. So wenig in der Existenz der via für den Besitzer des Grundstücks die iuris q. p. liegt, eben so wenig kann diese durch die bloße Existenz der cloaca für den Besitzer des Hauses begründet seyn. Es läßt sich nicht sagen, daß derjenige, welcher zum Besitz eines Gebäudes gelangt, von dem eine verfallene, seit langem nicht benutzte Cloake abgeht, sich vielleicht unter einer Reihe von Nachbarhäusern hinerstreckend, zugleich in der Umgebung der servitus cloacae sich befinde. Die practische Anschauung und die Rechtsconsequenz, beide fordern, daß man nur denjenigen für den

Besitzer gelten lasse, der wirklich die Röhren zur Abführung des Unraths benutzte.

Da nun unser Interdict in keinem seiner Glieder das usum esse erfordert [43]), so bestätigt sich dadurch die oben aufgestellte Behauptung, daß es überhaupt kein possessorisches sey [44]).

Daraus ergiebt sich zugleich als practische Consequenz, daß, wer eine verfallene von ihm nicht benutzte Cloake seines Hauses auffindet, das Interdict erhält. Eine Begünstigung, welche in dem mittelbaren Interesse der Stadt befriedigende Erklärung findet.

Weiter kann dieses Interdict, da es keinen Quasibesitz der Cloake als Vorbeding erfordert, natürlich auch nicht zum Schutz in diesem Besitz bestimmt seyn: deutlich zeigt sich das in den den prätorischen Befehl enthaltenden Worten: quominus purgare, reficere liceat, vim fieri veto. Daß darin auch nicht etwa indirect ein Besitzschutz erkannt werden dürfe, ergiebt die einfache Vergleichung mit andern Fällen. Obgleich beim iter privatum, dem aquaeductus, dem aquaehaustus Interdicte mit dem auf purgare reficere licere gerichteten Inhalt bestehen, so hat es der Prätor bei ihnen, weil ihre Quasipossessio eines practischen Schutzes bedürftig

43) Unterholzner freilich, der an der herrschenden Theorie nicht zu zweifeln wagt, und dabei doch die Nothwendigkeit des uti cloaca für die Quasipossessio gefühlt zu haben scheint, hilft sich (a. a. O. S. 205.) kurzweg durch die augenscheinlich irrige Behauptung, das uti cloaca sey ein Requisit des Interdicts.

44) mithin in einem Werk über das Recht des Besitzes auch nicht füglich eine Stelle finden könne.

ist, doch für nöthig erachtet, daneben genau gefaßte Interdicte zum Schutz des uti licere zu proponiren[45]).

Die Bedeutung von reficere und purgare wird bei unserm Interdict nicht erörtert; es war nicht nöthig, da das schon für frühere Interdicte geschehen ist. Reficere muß hier bedeuten: die Anlage der Cloake, wo sie mangelhaft ist, in den Zustand der Integrität zurückversetzen, purgare, den innerhalb der Anlage den Abfluß hindernden Unrath beseitigen[46]). Das Wichtigste dabei ist: in dem reficere liegt nicht auch die Befugniß zu Neuerungen, also z. B. Erweiterungen, Vergrößerungen; aliud est enim reficere, aliud facere (Fr. 3. §. 15. de itinere actuq. p. 43., 19.). Daß jedoch diese Schranke für die der Stadt überhaupt wichtigen Privatcloaken nicht eingehalten sey, beweisen ein paar Stellen unseres Titels (Fr. 1. §. 9. Fr. 2.):

> Ulpianus libro LXXXI. ad edictum. — Item Labeo etiam eum, qui privatam cloacam in publicam immittere velit, tuendum, ne ei vis fiat. Sed et si quis velit talem cloacam facere, ut exitum habeat in publicam, non esse eum impediendum, Pomponius scribit.

---

45) Vergl. Rudorff in den kritischen Jahrbüchern Bd. VIII. S. 324.

46) Fr. 1. §. 1. de via publica (43., 11.). — Fr. 3. §. 15. de itinere actuque privato (43., 19.). — Fr. 1. §§. 6. 7. 10. 11. de rivis. (43., 21.). Vielleicht hatte auch unser Interdict wie das de itinere act. p. ref. den später als überflüssig gestrichenen Zusatz: reficere, ad refectionem utilia adportare — Fr. 4. de itinere actuq. p. (43., 19.).

Venuleius lib. I. interdictorum. — Quamquam de reficienda cloaca, non etiam de nova facienda hoc interdicto comprehendatur; tamen aeque interdicendum Labeo ait, ne facienti cloacam vis fiat, quia eadem utilitas sit. Praetorem enim sic interdixisse, ne vis fieret, quominus cloacam in publico facere liceret; idque Ofilio et Trebatio placuisse. Ipse dicendum ait, ut ne factam cloacam purgare et restituere permittendum sit per interdictum, novam vero facere is demum concedere debeat, cui viarum publicarum cura sit.

Bei diesen nicht überall mit der wünschenswerthen Bestimmtheit beschriebenen Fällen kann man zweifelhaft seyn, ob es sich nur um utilia interdicta, also Erweiterungen des im Edict proponirten interd. de privata cloaca, oder um selbstständige neue, auf die Auctorität der Wissenschaft gestützte handele. Ich bin entschieden für die letzte Auffassung.

Völlig deutlich ist der Fall, auf welchen nach der Angabe des Venuleius die Juristen Ofilius, Trebatius und Labeo sich beriefen. Sie sagen, es sey vorgekommen, daß der Prätor (prout res incidit) ein Interdict ertheilt habe, durch welches der Impetrant in der Anlage einer seinen Nutzen bezweckenden Cloake auf öffentlichem Grund und Boden (also im Grund einer privata c.) gegen Störung geschützt werde. Dabei wird vorausgesetzt, daß diese Cloake von dem Hause des Privatmannes ausläuft, weil sonst ein Interesse fehlen würde.

Die beiden von Ulpian besprochenen Interdictsfälle, daß man nämlich zu schützen sey, erstens wenn man eine schon bestehende Privatcloake in eine öffentliche ausmünden machen wolle, während ihr bisher ein solcher Ausgang fehlte, zweitens auch, wenn man eine ganz neue in dieser Art anlege, sind daher in jenem von Venuleius mitgetheilten generelleren Interdict (er fordert einen solchen Ausgang in eine öffentliche Cloake nicht) als speciellere mitenthalten. Das fragliche Interdict mag nun einfach etwa in der Form gegeben worden seyn:

quominus illi cloacam in publico facere liceat, vim fieri veto.

Es schließt sich daher materiell jenen Interdicten an, durch die man in der Benutzung öffentlicher Wege, öffentlicher Flüsse geschützt wird. Ohne Zweifel sind jedoch auf den Antrag des Impetraten dem Interdict Exceptionen einverleibt worden. Das Interdict ne quid in loco publico fiat vertritt das Princip, daß Niemand an einem solchen Orte zu einer Anlage berechtigt sey, wodurch einem Dritten Schaden zugefügt wird (qua ex re quid illi damni detur). Demgemäß wird der Prätor auf Ansuchen eingefügt haben: dumne ex ea re quid illi damni detur (für die Fassung vergleiche Fr. un. p. de ripa munienda 43., 15.). Ferner darf die Cloake nicht in der Art angelegt werden, daß ein öffentlicher Weg dadurch beschädigt werde (Fr. 2. §. 26. ne quid in l. p. 43., 8.); auch hierfür wurde sicherlich die exceptio gegeben: dumne ob eam rem via publica deterior fiat. Ja aus den Schlußworten des Fr. 2. ergiebt sich sogar,

daß nach Labeo's Ansicht der Ertheilung des Interdicts die Genehmigung des Neubaues von Seiten des curator viarum publicarum vorausgehen mußte[47]); so daß sich als wahrscheinlicher Zusatz des Interdicts ergiebt: uti illi ab eo, qui viis publicis curat concessum est.

Endlich aber ist der erste Theil der Stelle des Venuleius noch weiter gefaßt. Nach ihr nämlich scheint ein allgemeines Interdict zulässig: ne facienti cloacam vis fiat ohne die Beschränkung in publico, mithin auch in privato. Man kann diese dem ersten Blick sehr auffällige Ausdehnung beseitigen, wenn man den Juristen so versteht: obgleich das im Edict aufgeführte Interdict sich nur auf Reinigung und Wiederherstellung bestehender Cloaken bezieht, so kommt doch nach Labeo's Ausspruch auch ein Interdict auf Neubau vor. Der Prätor habe nämlich u. s. w. Allein es ist diese limitirende Interpretation nicht gerade nothwendig. Daß man nicht etwa beliebig durch des Nachbars Grundstücke Cloaken habe führen dürfen, versteht sich theils von selbst, theils beweist es die Existenz der sonst überflüssigen servitus cloacae. Dagegen ist ein Interdict in folgender Fassung:

47) Labeo's Meinung ist klar; die Worte des Venuleius dagegen sind, ganz abgesehn von dem mindestens auffälligen ut, in offenbarer Verwirrung. Das störende ne will E. Caldera (var. lectt. III. c. 7. bei Meerman thes. tom. III. p. 640. 41.) dadurch retten, daß er prohibeatur subintelligirt, allein praetor permittit per interdictum ne prohibeatur, welche unpassende Ausdrucksweise! Am besten streicht man mit Haloander und Russardus dieses ne geradezu.

Quominus cloacam, ut tibi ius esset, in fundo illius facias, vim fieri veto

recht gut möglich. Gerade wie der Prätor einen so bedingten Interdictenschutz demjenigen gewährt, welcher das iter privatum ausbessern will, ebenso kann die Jurisprudenz ein ähnliches Interdict, welches die Verwirklichung der servitus cloacae bezweckt, füglich für nützlich erachtet haben. Doch wage ich bei der Unzulänglichkeit der Quellenzeugnisse und der allerdings eben so gut zulässigen zuerst gegebenen Auslegung hier keine kategorische Behauptung.

Zum Schluß ist noch die Frage zu beantworten: giebt es überhaupt zum Schutz der quasi possessio cloacae ein Interdict oder nicht? Da das interd. de cloaca privata kein quasipossessorisches ist, da ferner das interd. uti possidetis der Anhangsclausel wegen: de cloacis hoc interdictum non dabo, mag man sie deuten wie man will, auf jeden Fall ausgeschlossen wird, so ist die obige Frage zu verneinen. Das Auffällige dieses Resultates bei, dem allgemeinen Besten so hochwichtigen Anlagen erledigt sich durch genauere Betrachtung des practischen Sachverhältnisses. Beim Besitz körperlicher Sachen kann die Störung die Form einer Gewalt gegen die Person an sich tragen; bei den Cloaken dagegen ist sie in dieser Form, weil hier der Besitzer den Grund und Boden gar nicht selber berührt, überhaupt nicht denkbar. Man wird vielmehr zu diesem Zweck die Anlage der Röhrenleitung u. s. w. zerstören müssen. Thut man nun das, so verfällt man dem hier sogar besonders

begünstigten interdictum quod vi aut clam (Fr. 15. §. 5. quod vi aut cl. 43., 24.) — Sed si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, utputa — cloaca aliquid factum sit, etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo, quod factum est —), wovon der Besitzer des dienenden Grundstücks durch die Erhebung des interd. uti poss. sich nicht befreien kann, abermals der Clausel wegen: de cloacis hoc interdictum non dabo. Demnach ist für ein eigenes, den usus cloacae sicherndes Interdict kein Bedürfniß.

IV.

Die griechischen Scholien der rescribirten Handschrift des Codex in der Bibliothek des Domcapitels zu Verona.

Von

Herrn D. Zachariae von Lingenthal

in Großkmehlen bei Ortrand.

Herr Geheimer Justizrath Blume zu Bonn hat mir vor Kurzem eine von ihm vor 24 Jahren zu Verona genommene Abschrift der dortigen griechischen Scholien zum justinianeischen Codex mitgetheilt, und, da er selbst an der Herausgabe derselben durch mancherlei Umstände bisher gehindert worden war und noch gehindert ist, mich um die Bearbeitung und Bekanntmachung derselben ersucht. Gern habe ich mich diesem ehrenvollen Auftrage unterzogen, und es bleibt mir nunmehr nur noch der Wunsch übrig, daß diese Scholien-Ueberreste, wenn auch nicht überall ihres Gehalts, so doch jedenfalls ihres ehrwürdigen Alters wegen, eine der Mühe des Entzifferns entsprechende Theilnahme finden mögen: — die von mir

darauf verwendete Arbeit ist nicht der Rede werth, da die mir mitgetheilte Abschrift schon Vorarbeiten zu einer Herausgabe enthielt.

Ueber die Veronesische Handschrift des Codex haben berichtet

Göschen in der Leipziger Literaturzeitung 1817 S. 2645.

Derselbe in der Vorrede zu Gaius ed. princeps p. LXVII sqq.

Blume Iter Italicum Bd. 1. S. 262.

Wiener Revision S. 49—51.

Herrmann in der Vorrede zu der von ihm besorgten Ausgabe des Codex p. XIV sq.

Dem, was an diesen Orten über Gestalt und Inhalt der Handschrift gesagt ist, weiß ich nichts hinzuzusetzen. Eben so wenig habe ich Kenntniß von dem, was Maier für die Entzifferung der Handschrift gethan haben mag.

Zuerst hat Göschen in editio princeps des Gaius p. LXXI — LXXIV — in den späteren Ausgaben ist dieses *ἀλλότριον* weggelassen worden — ein in der HS. erhaltenes Stück der griechischen l. 1. C. de monopoliis (4., 59.) und eine Probe der Scholien (die unten folgenden Schol. 4. 31. 176. 178—182. 184. 185. 187. 189. 191. 192. 335.) drucken lassen. Von den Scholien ist seitdem nichts weiter bekannt gemacht worden. Das Bruchstück der l. 1. C. de monopoliis (4., 59.) aber hat zunächst Beck in seine Ausgabe des Codex aufgenommen, und neuerdings hat Herrmann bei seiner Ausgabe des

Codex die von Blume gefertigte Abschrift des Veronesischen Codex — jedoch mit Ausnahme der Scholien — benutzt. Er hat daraus nicht nur zahlreiche Verbesserungen des lateinischen Textes, der In- und Subscriptionen geschöpft, sondern auch außer dem erwähnten Bruchstücke der l. 1. C. de monopoliis (4., 59.) ein Stück der griechischen l. 4. C. de bonis libertorum (6., 4.) und die griechischen l. 12. C. de repudiis (5., 17.) und l. 8. C. qui militare (12., 34.) bekannt gemacht, — die letzteren beiden freilich nur im Anhange, da nichts Zusammenhängendes davon aus der Handschrift hatte enträthselt werden können und unvollkommene Sätze und Worte im eigentlichen Contexte des Codex nicht ganz am Platze schienen.

Bevor ich nach diesem Berichte zu meiner eigentlichen Aufgabe — den Scholien der mehrerwähnten Handschrift — fortschreite, möge es mir bei dieser Gelegenheit verstattet seyn, einige Bemerkungen zu den oben angeführten griechischen Constitutionen der Veronesischen Handschrift einzuschalten. Denn auch nach der kritischen Sorgfalt, die Herrmann auf die Herausgabe dieser Stücke verwendet hat, ist immerhin eine kleine Nachlese übrig geblieben.

Ich will die neuentdeckten griechischen Constitutionen der Reihe nach durchgehen.

In der l. 1. C. de monopoliis 4., 59., von welcher die sechs ersten Zeilen in der Handschrift nicht zu lesen waren, beginnt das Lesbare nach Göschen also:

πωνους ἐν οἱῳδήποτε τόπῳ ἢ πόλει ὦσιν μηδεμιᾶς ὕλης ἢ πράγματος κεχρήσθω, μηδ' ἂν θεῖον πορίσηται τύπον, ὑφεξῃρημένων τῶν ναῶν, μήτε δεήσεις ὑπαγορευέτω ἢ ἐπιδοῦναι τολμάτω.

Blume dagegen las zu Anfang πολιοις statt πωνους, weiterhin ουσιν statt ωσιν, und αλων statt ναων. Herrmann hat nun mit Recht πολιοις aufgenommen, indem er es zu μονοπωλίοις ergänzt: ebenso hat er mit Recht das ὑφεξῃρημένων (einen hier, wie auch sonst oft, in griechischen HSS. vorkommenden Fehler) ὑπεξ. corrigirt. Dagegen behält er ὦσιν bei, obwohl οὖσιν ganz passend ist, und Blume's größere Genauigkeit in Entzifferung der HS. für sich hat. Endlich verwirft er das sinnlose ναῶν, verändert aber Blume's αλων in ἄλλων mit Berufung auf den sg. Tipucitus (Basil. ed. Heimb. XIX., 18., 1.), bei welchem allerdings — und zwar offenbar mit Rücksicht auf unsere Stelle — ὑπεξῃρεμένων τῶν ἄλλων steht. Aber was in aller Welt sollen diese Worte bedeuten, die ja gewiß auch bei Tipucitus corrigirt werden müssen? Warum sollten wir nicht einfach bei der Lesart der HS. stehen bleiben, die einen ganz guten Sinn giebt? Ὑπεξῃρημένων τῶν ἁλῶν heißt: mit Ausnahme des Salzmonopols, welches von dem allgemeinen Verbote der Monopole ausgeschlossen bleiben sollte. (Vgl. l. 11. C. de vectigalibus 4., 61.) — Auch die Uebersetzung des griechischen Textes unserer Constitution ist bei Herrmann noch sehr mangelhaft. So z. B. heißt ὑπαγορεύειν weder afferre, wie Beck, noch, wie Herrmann will, suppeditare;

sondern technisch referre, berichten; δεήσεις ἐπιδοῦναι heißt nicht preces addere, sondern eine Bittschrift einreichen, preces proponere oder porrigere.

Was die l. 12. C. de repudiis 5., 17. betrifft, so war das, was Blume davon in der HS. hat entziffern können, allerdings nicht ausreichend, um den ganzen ursprünglichen Text wiederherzustellen. Aber die mancherlei Druckfehler bei Herrmann p. 794. hätten doch vermieden werden sollen, (lin. 6. μηδεμιάν st. μηδεμίαν, lin. 8. κᾷν st. κἂν, lin. 11. πεπρακότα st. πεπραχότα, lin. 11. φερέσθαι st. φέρεσθαι, lin. 26. νεοῖς st. νέοις, lin. 26. σύμφερον st. συμφέρον, lin. 28. εἴποντες st. εἰπόντες), und vielleicht hätte die Conjecturalkritik noch weiter getrieben werden können. So scheint p. 793. lin. 6. a fine textus βλάβην καὶ ζημίαν, p. 794. lin. 8. 9. κον | δικτίκιον, ibid. lin. 15. ἀσεβάστοις πράγμασιν, lin. 17. γεννήτορσιν, lin. 18. 19. καὶ γὰρ τῶν ἀτοπωτάτων ἂν ἦν — gelesen werden zu müssen. Ein künftiger Herausgeber des Codex würde am besten thun, wenn er dem Originaltexte der Veronesischen HS. gegenüber — und zwar in correspondirenden Absätzen die Summa oder den Ἴνδεξ dieser Constitution von Thaleläus abdrucken ließe, den uns ja die Basiliken (— vom Prooemium im Schol. e ed. Fabrot. To. IV. p. 340., ed. Heimb. III. p. 236., von dem dispositiven Theile im Texte lib. XXVIII. tit. 7. cap. 20. —) vollständig erhalten haben. Eine solche Zusammenstellung dürfte auch noch zu weiteren Ergänzungen des verstümmelten Originaltextes führen.

Bei der l. 4. C. de bonis libertorum 6., 4. (— bei welcher, im Vorbeigehn gesagt, auch Herrmann die von mir seitdem nachgewiesene, freilich sehr corrumpirte Summa des Theodorus im Schol. t. Basil. ed. Fabr. IV. p. 408 sq. ed. Heimb. III. p. 287 sq. übersehen hat —) sind wieder Druckfehler (so §. 24. *διαθήκων* st. *διαθηκῶν*, *ἡρμόσαμεν* st. *ἡρμόσαμεν*, §. 25. *Σώζεσται* st. *Σώζεσθαι*, §. 26. *περινοίαν* st. *περίνοιαν*, §. 27. *τελευτείαις* st. *τελευταίαις*) und Uebersetzungsfehler zu rügen. So heißt §. 24. *ἴσως* nicht certe, sondern forte, §. 26. ist *ἐν τοῖς βιβλίοις* mit in veteribus libris übersetzt ungenau. Auch sind mehrere Conjecturen Herrmann's zu verwerfen: andere unterlassen, wo sie rathsam oder nöthig waren. In §. 24. liest H. *ἐλευθερῶντας*, während das handschriftliche *ἐλευθερωτὰς* ganz unbedenklich ist. Daselbst hat der Satz: *μὴ συντεθῆναί τε αὐτοὺς μάτην ἀφόρισμένους* (l. *ἀφωρισμένους*) *ἀποδείξῃ* keinen Sinn; H. macht ihn verständlich, indem er das letzte Wort mit probatum fuerit übersetzt, wo es aber dann *ἀποδειχθῇ* heißen müßte [1]). Statt *ἀξίους, ἀπὸ φιλανθρωπίας* möchte ich — gemäß den Zügen der HS. — lieber lesen: *ἀξίους διὰ*

---

1) Eine befriedigende Emendation ist mir noch nicht beigefallen. Jedenfalls liegt das Uebel sehr tief. Nach der Partikel *ὡς* möchte man kaum Infinitive erwarten; das handschriftliche *ἑαυτούς* scheint mit dem *τούτους* einen Gegensatz zu bilden. Gleichwohl scheint das *εὐλόγως* in §. 24. der aus den Basiliken entlehnten Summe und das iuste in der angeblichen lateinischen Originalconstitution eine der Herrmannischen ähnliche Emendation zu verlangen.

φιλανθρωπίαν. Das ἐπεὶ παρὰ πάντα κτλ., was keinen Sinn hat, muß in ἐπείπερ ἅπαντα verwandelt werden. In §. 26. ist ὑφῆσθαι falsch: Herrmann, der subesse übersetzt, hat selbst nicht an ὑφάω, weben, gedacht; es muß ἀφεῖσθαι oder ἀφίεσθαι (— die HS. hat αφησθαι —) heißen, d. h. relinqui. Ebendaselbst ist statt μετά τε ἀληθείας richtiger: μὲν ἐπ' ἀληθείας, und statt εἰ καί τις zu lesen: καὶ εἰ καί τις.

Von der l. 8. C. qui militare 12., 35. endlich hat freilich so wenig in der HS. entziffert werden können, daß von einer Wiederherstellung des ursprünglichen Textes nicht die Rede seyn kann. Es ist darum auch überflüssig, einzelne kleine Conjecturen nachzutragen, da sie doch zu einem ersprießlichen Ergebnisse nicht führen können.

Indem ich nun nach dieser Abschweifung zu dem eigentlichen Gegenstande dieses Aufsatzes übergehe, erwähne ich zuvörderst Einiges über die äußere Gestaltung und Schreibart der Scholien.

An der Schreibart ist etwa bemerkenswerth, daß das sg. Iota subscriptum zuweilen ein adscriptum, häufiger aber ganz weggelassen ist, daß ω und ο sehr oft, seltener αι und ε verwechselt werden, daß ν vor κ nicht in γ verwandelt wird, und daß, wie in lateinischen Worten, so auch in griechischen, zuweilen einfache Buchstaben stehen, die beim Lesen zu geminiren sind — z. B. λ statt λλ. Daß die vorkommenden lateinischen Kunstwörter zwar griechisch flectirt sind, die Endung aber dennoch mit la-

teinischen Buchstaben geschrieben wird, z. B. τοῦ pupilu, muß ich ebenfalls und zwar um so mehr hervorheben, als ich in diesen Fällen ohne Weiteres die Endung griechisch (z. B. τοῦ pupillov) geschrieben habe.

Die Scholien sind übrigens theils zwischen die Zeilen, theils zwischen die Columnen, theils an den Rand geschrieben. — Die Interlinearscholien sind regelmäßig ganz eigentliche Glossen, d. h. Uebersetzungen lateinischer Wörter durch griechische. Sie sind im Folgenden jedes an seinem Orte abgedruckt, ohne daß ihre Eigenschaft als Interlinearglossen besonders hervorgehoben worden ist. — Die Marginalscholien sind doppelter Art: sie enthalten entweder kurze dogmatische und exegetische Anmerkungen, zuweilen mit Citaten von Parallelstellen, — oder sie haben nur den Zweck, auf einzelne Stellen des Textes und deren Inhalt besonders aufmerksam zu machen. Dieß geschieht meist mit einem σημείωσαι ὅτι unter Beifügung des Inhalts der auszuzeichnenden Stelle: zuweilen mit einem σημείωσαι ὡραῖον (d. h. nota pulcrum ius — eine damaliger Zeit beliebte Floskel, vgl. meine Ἀνέκδοτα p. 169. not. 25. p. 170. not. 1. p. 174. Inst. IV. §. 2. —), oder noch einfacher mit einem bloßen σημείωσαι. (Wo nichts weiter, als ein σημείωσαι ὡραῖον oder σημείωσαι stand, habe ich es im Folgenden nicht abdrucken lassen.) Auf solche Stellen, die eine regula iuris enthalten, ist dadurch aufmerksam gemacht, daß am Rande REG d. h. regula steht, wie dieß ja auch in den Pommersfelder Papyrusfragmenten einer Digestenhandschrift — Bd. XI. dieser Zeitschrift

S. 261. 268. — geschehen ist. Die Constitutionen, bei welchen dieß der Fall ist, mögen gleich hier citirt werden, damit ich den Abdruck der Scholien auch um diese Randbemerkung verkürzen kann. Es sind folgende [2]):

lib. IV. 48., 3. — 49., 12. —

lib. V. 17., 11. — 31., 9.—27., 4. — 29., 2. — 34., 2. 7. 9. — 37., 12. 14. — 43., 4. — 51., 5. 12. — 59., 1. 2. —

lib. VI. 2., 20. — 5., 2. — 23., 13. —

lib. VII. 4., 14. — 40., 3. —

lib. VIII. 16., 9. — 17., 2. 4. 7. — 38., 4. — 46., 3. — 47., 8. —

Ob diese Scholien sämmtlich von derselben Hand geschrieben sind, und ob deren Schreiber auch den Text des Codex geschrieben hatte, ist aus Blume's Notaten nicht ersichtlich. Indessen ist Letzteres gewiß zu verneinen, schon wegen der Interlinearglossen, — Ersteres aber wohl zu bejahen, weil, wie sich zeigen wird, eine gleiche Entstehungsart der Scholien wahrscheinlich ist.

Sehen wir uns nämlich um unter den Ueberresten byzantinischer Jurisprudenz aus der justinianeischen Zeit, und namentlich unter den theilweise bekannten Codexcommentaren justinianeischer Juristen, und vergleichen damit unsere Scholien, so zeigt sich bald eine unverkennbare Verwandtschaft mit dem Commentare des Thaleläus. Dieser gab bekanntlich (vgl. Schneider Jahrbücher 1844 S. 815.) bei jeder einzelnen Consti-

2) Den Codex citire ich stets nach den richtigeren Titelzahlen der Beck'schen Ausgabe.

tution zuerst eine Einleitung und Uebersicht des Inhalts (Index oder Summa), dann neben dem lateinischen Originaltexte eine griechische Uebersetzung *κατὰ πόδα*, endlich am Rande Anmerkungen (*παραγραφάς*) bald zum lateinischen Originaltexte, bald zum *κατὰ πόδας*. Diese verschiedenen Bestandtheile sind theils in den Text der Basiliken, theils später in die Scholia antiqua der Basiliken aufgenommen worden, und es läßt sich, wo diese Scholia antiqua erhalten sind, ein Vergleich zwischen Thaleläus und den Veronesischen Scholien zum Codex anstellen. Da ergiebt sich denn,

1) daß die in den Interlinearscholien vorkommenden Wortübersetzungen regelmäßig mit den Uebersetzungen im *κατὰ πόδας* des Thaleläus übereinstimmen; — man vergleiche unten Schol. 42. 158. 257. 258. 274.;

2) daß die übrigen Scholien großentheils wenigstens dem Inhalte nach in den *παραγραφαί* des Thaleläus sich nachweisen lassen, wenn auch die Wortfassung gewöhnlich eine andere ist. Ja diese Verwandtschaft ist so groß, daß beide gegenseitig zu kritischen Verbesserungen benutzt werden können. Man vergleiche unten Schol. 44. 55. 57. 58. 115. 117. 120. 125. 140. 142—145. 150. 152. 153. 156. 159. 161. 165. 167. 176. 178. 179. 181. 183. 185. 193. 216. 253. 255., und besonders Schol. 131. 155. 177. 197.

Wie hat man sich nun die Entstehung der Veronesischen Scholien zu denken?

Man könnte vermuthen, daß ein Besitzer der Veronesischen Handschrift des Codex diesen unter Vergleichung

des Thaleläus studirt und dabei allerlei Bemerkungen aus Letzterem in sein Exemplar eingetragen habe. Indessen halte ich diese Vermuthung nicht für ganz wahrscheinlich.

Es ist mir, wie ich schon in Schneider's Jahrbüchern a. a. O. bemerkt habe, sehr zweifelhaft, ob die oben angeführten *παραγραφαί* sämmtlich von Thaleläus selbst und unmittelbar herrühren. Abgesehen davon, daß Justinian dergleichen Anmerkungen eigentlich verboten hatte, sind jene *παραγραφαί* nicht immer des Thaleläus würdig. Fast glaube ich daher, daß die *παραγραφαί* Bemerkungen sind, die ein Zuhörer des Thaleläus oder eines anderen Rechtslehrers[3]) in dessen Vorlesungen zu einem Exemplare des Thaleläischen Codex beigeschrieben hat. Und so ist es mir denn auch wahrscheinlicher, daß unsere Veronesischen *Scholien auf* dieselbe Weise entstanden sind, ganz unabhängig von den gedachten *παραγραφαί*, und nur deßhalb mit ihnen innerlich verwandt, weil es in derselben Vorlesung niedergeschriebene Bemerkungen aus demselben Vortrage des Lehrers sind. (Es würde dann also die Veronesische Handschrift des Codex[4]), wenn anders Thaleläus wirklich Berytischer Rechtslehrer gewesen ist, wahrscheinlich aus Berytus stammen.) Dafür spricht einmal, daß der

---

3) Wahrscheinlich aber des Thaleläus. Dieser liebte seinen Lehrer, den ἥρως Πατρίκιος anzuführen, und Patricius wird auch in den *παραγραφαί*, wie auch in den Veronesischen Scholien Schol. 155. citirt.

4) Ob auch die angeblich ähnliche HS. des Gaius?

Schreiber der Scholien statt der ihm wohl bekannten (vgl. Schol. 196.) richtigen Schreibart *κηδεμών* einige Male *κηδαιμών* schreibt (vgl. Schol. 148. 165.): der junge Student scheint im Scherze an seinen dämonischen Vormund gedacht zu haben. Anderntheils spricht dafür der sehr ungleiche, bald verständige bald schülerhafte, Inhalt der Scholien, wie er sich z. B. aus einer Vergleichung der Schol. 6. 8. 9. 18. 25. 62. mit Schol. 21. u. a. m. ergiebt. — Uebrigens werden Nov. 22. mit Zahl und die Novv. 19. 38. 48. 74. 89. 99. 101. 117. 134. 135. 136. — alle diese bloß nach Rubriken, ohne Zahlen einer bestimmten Sammlung, und einfach als *νεαραί* — citirt [5]). Da nun Nov. 134. vom J. 556 ist, so können unsere Scholien frühestens in der zweiten Hälfte des sechsten Jahrhunderts niedergeschrieben seyn.

Was nun endlich die nachstehende Ausgabe der Veronesischen Scholien betrifft, so habe ich nicht nur die einzelnen ganz unbedeutenden Randbemerkungen, wie schon oben bemerkt, weggelassen, sondern auch alle diejenigen Scholien — im Ganzen etwa vierzig — von welchen Blume nur ein paar unsichere Buchstaben hatte erkennen können, so daß an eine Wiederherstellung derselben selbst durch noch so kühne Emendationen nicht zu denken war. In den abgedruckten Scholien ist noch Gelegenheit genug zu Verbesserungen und Ergänzungen!

5) Vgl. Schol. 60. 68. 88. 103. 141. 277. 309. 325.

Scholia Veronensia ad Codicem.

LIB. IV.

1) 48., 3. — AUCTOREM γὰρ πράτην νόησον [1]. (Auctorem enim intellige venditorem.) 2) 48., 4. moraque. — μόρας γὰρ γενομένης παρὰ τοῦ πράτου αὐτῷ ἐγκινδυνεύεται [2]) τὰ μετὰ ταῦτα. (Nam si mora facta sit ab emtore, ipsius periculo sunt, quae postea accidunt.) 3) 48., 5. conditio. — ἡ γὰρ αἱρετικὴ πρᾶσις [3]) ἠρτημένης [4]) τῆς αἱρέσεως οὐ συνίστατο [5]). (Nam conditionalis venditio pendente conditione non consisteret.) 4) 48., 6. sine mora. — θαυμαστὸν εἶναι δοκεῖ, ὅτι MORας ὡς εἰκὸς γινομένης ἀπὸ τοῦ πράτου αὐτῷ ἐγκινδυνεύεται [6]) ὁ θάνατος τοῦ πραθέντος ἀνδραπόδου, μὴ γινομένης δὲ τὸν ἀγοραστὴν, κἂν ἐστὶ τὸ πρᾶγμα παρὰ τῷ πράτῃ, ἐπειδὴ καὶ παρὰ τῷ ἀγοραστῇ εἰ ἦν τραδιτευθὲν ἐτελεύτα. — ἀλλὰ βλέπε μὴ [7]) οὐ λέγει ἡ διάταξις τὸν κατὰ φύσιν θάνατον ἀλλὰ τὸν ἐκ τύχης τινὸς συμβάντα. (Mirum videtur, quod mora per emtorem forte facta mors servi venditi ipsius periculo est, non facta autem emtoris, licet res penes venditorem sit, quoniam et penes emtorem, si tradita esset, peritura erat. — Sed observa, quod constitutio non mortem naturalem dicit, sed eam, quae casu accidit.)

5) 49., 2. quasi. — ὡς. 6) ibid. bonae fidei. — σημείωσαι ὅτι ἔῤῥωται μὲν τὸ συνάλλαγμα ἐν ᾧ δόλος γίνεται ἐπὶ τῶν BONA FIDE ἀγωγῶν, OFFICIO δὲ τοῦ δικάζοντος βοηθεῖται ἐν [8]) τούτοις καὶ ὁ μείζων. τὸ αὐτὸ καὶ νγ' τί. τοῦ α' βι [9]). (Nota quod valet quidem contractus, in quo dolus committitur, in bonae fidei actionibus, sed officio iudicis etiam major in his adiuvatur. Idem tit. 53. lib. I.) 7) ibid. perceptos. —

1) Blume: ητοι . . τηννγ (vel τ) αρ π (vel ιτ) εα (vel δ) ιαιι (vel ντ) οηριν.
2) Cod. ενκινδ.
3) Bl. εντασις.
4) Bl. ηπτημ.
5) Cod. συνεϊατο.
6) Bl. ετικινδ.
7) Bl. νη.
8) Bl. εκ.
9) Bl. λβ.

εἰ γὰρ μὴ ἦσαν ἤδη ληφθέντες, τῷ ἀγοραστῇ προσφέρονται [10]). (Nam si nondum percepti erant, emtori accedunt.) 9) 49., 3. personalis. — πρόδηλον ὅτι ὁ CAUSA DATA CAUSA NON SECUTA CONDικτίκιος ἢ SINE CAUSA. (Scilicet causa data causa non secuta condictio vel sine causa.) 9) 49., 4. taxationem. — TAXATIONEM εἶπε διὰ τὸ μὴ εἶναι CERTον τὸν ψῆφον τοῦ δικάζοντος τοῦ φάκτου [11]). (Taxationem dic. quia sententia eius, qui de facto cognoscit, certa non est.) 10) 49., 5. usuris. — σημείωσαι ὡραῖον, ὅτι ποτὲ καὶ πρὸ μόρας ἀπαιτοῦνται τόκοι ἀπὸ τοῦ ἀγοραστοῦ διὰ τὴν ιγ' [12]) διάταξιν. (Nota pulcrum, quod aliquando etiam ante moram usurae ab emtore exiguntur, propter const. 13.) 11) 49., 7. libertationem. — χρὴ οὖν τὸν ἀγοραστὴν ἐξ οἰκείων χρημάτων καταβάλλειν [13]) τὴν τιμὴν τοῦ οἰκέτου ἵνα ἐλευθερωθῇ. (Oportet igitur emtorem propriis nummis pretium servi solvere, ut liber fiat. 12) 49., 8. vectigal. — τὸ γὰρ καταβάλλειν [14]) τὰ δημόσια τοῦ κτήματος οὐ ποιεῖ δεσπότην [15]). (Nam hoc, quod quis publica praedii persolvit, dominum non constituit.) 13) ibid. quocunque loco. — τουτέστιν εἴτε ἀπὸ διαθήκης εἴτε ταύτης ἐκτός, εἴτε ἐν πρώτῳ βαθμῷ εἴτε ἐν δευτέρῳ. (Hoc est sive ex testamento sive absque eo, sive primo gradu sive secundo) 14) 49., 9. cognovisset. — εἰδότι γὰρ δόλος οὐ γίνεται, ὡς εἶπεν ἄνω [16]) βι. β' τι. δ' διατ. λδ'. (Scienti enim non fit dolus, ut supra dixit lib. II. tit. 4. const. 34.) 15) 49., 11. ante traditionem. — πρὸ TRADITίωνος γὰρ δεσπότης ἐστὶν ὁ πράτης, ὡς ἐν τοῖς ἄνω τίτλοις μεμάθηκας [17]). (Ante traditionem enim venditor dominus est, ut superioribus titulis didicisti.) 16) 49., 13. usuras. — τοῦτο μετὰ μόραν νόησον, εἰ μὴ ἥττων ἐστίν· καὶ μέμνησο τοῦ κανόνος τοῦ κειμένου τι. λδ' διατ. β'. (Hoc post moram intellige, nisi minor sit: et memineris regulae quae continetur tit. 34. const. 2.)

---

10) Bl. τωαπροισφερον. Forte τῇ ἀγορασίᾳ εἰσφέρονται.
11) Bl. φακου.
12) Bl. ῆ.
13) Cod. καταβαλειν.
14) Cod. καταβαλειν.
15) Bl. συνωειδετο.
16) Bl. εκαιρο.
17) Bl. ἤτεγνως.

17) 49., 14. — *σημείωσαι ὅτι πόσα ὤφειλεν* [18]) *καὶ ὡς λέγειν ὁ δοῦλον πιπράσκων.* (Nota quae et quomodo dicere debeat qui servum vendit.) 18) 49., 17. actionis. — *σημείωσαι μὲν γὰρ ἀντὶ τῶν* INTERDICT*ων* UTILI*αι ἀγωγαὶ κινοῦνται, ὡς ἐν τοῖς* INSTITUT*οις ἔγνως.* (Nota scilicet, quod loco interdictorum utiles actiones moventur, ut in Institutionibus didicisti.)

19) 55., 2. nactus es. — *ἐκτήσω* [19]). 20) ibid. locum prohibitum. — *σημείωσαι ὅτι οὐ δύναται* [20]) *ὁ ἀγοραστὴς ἐν τῷ κεκωλυμένῳ τόπῳ τὸν οἰκέτην ἐλευθεροῦν.* (Nota quod emtor non potest prohibito loco servum manumittere.) 21) 55., 4. Moveor. — *θαυμάζω.* 22) ibid. quoadusque. — *ἐν ὅσῳ* [21]). 23) ibid. status tuus. — *τουτέστιν ἀπελεύθερος.* (Hoc est libertinus.)

24) 56., 1. Praefectus urbi. *ὁ ἔπαρχος τῆς πόλεως* [22]). 25) ibid. primum. — *ὄνομα* [23]). (Nomen.) 26) 56., 2. pacto. — *ἡ σύνταξις ἀπὸ τοῦ* PACTO *εἰς τὸ* AGATUR CAUSA *ἀναδίδοται, τὸ μέντοι* QUO [24]) TAMEN SI VERUM [25]) *ἐστὶν ὡς πρὸς τὸ συμφέρον.* (Constructio porrigitur a pacto ad agatur causa, verba autem quo tamen si verum *utilitatis* causa adiecta sunt.)

27) 57., 1. contrariae voluntatis. — *σημείωσαι θαυμαστὸν, ὅτι ὁ δωρησάμενος ἐπὶ τῷ ἐλευθερωθῆναι τὸν οἰκέτην μετά τινα χρόνον δύναται μήπω περαιωθέντος τοῦ χρόνου αἵρεσιν ἀνακαλέσασθαι.* (Nota mirabile, quod qui servum donavit, ut manumitteretur post certum tempus, tempore nondum praeterlapso conditionem revocare potest.) 28) ibid. in fine. — *ἤδη γὰρ ἀνηρπάσθη* [26]) *εἰς ἐλευθερίαν.* (Iam enim ad libertatem pervenit.) 29) 57., 5. — *σημείωσαι ὅτι δυνατὸν πραθῆναι ἀνδράποδον ἐπὶ ὅρῳ τοῦ μηδέποτε ἐλευθεροῦσθαι*

---

18) Bl. *ωφελεν.* 19) Cod. *εκτησο.*
20) Cod. *δυνεται.* 21) Bl. *σηοσηι.*
22) Bl. *οιναρχ᾽ της νοιχ.*
23) Bl. *ονονα.* Hinc corrigas editos, qui primum, non Primum habent.
24) Bl. QUOD. 25) Bl. *ΔIAMECOY.*
26) Bl. *ανηρπαση.*

αὐτόν. (Nota quod servus vendi potest sub conditione ne unquam manumittatur.)

30) 58., 4. — σημείωσαι ὅτι καὶ ἐπὶ ἀγροῦ χώρα τῇ RED-[H]IBITORίᾳ. (Nota etiam in fundo locum esse redhibitoriae.) 31) 58., 5. — σημείωσαι ὅτι οὐκ ἄλλως ἀναλαμβάνει τὸ τίμημα τοῦ οἰκέτου τοῦ φυγάδος ὁ ἀγοραστὴς εἰ μὴ παραστήσῃ [27]) αὐτόν. (Nota quod non aliter pretium servi fugitivi emtor recipit, quam si eum exhibuerit.)

32) 59., 2. — τοπική. (Localis constitutio.) 33) ibid. professores. — διδάσκαλοι [28]). 34) ibid. injunctam. — δοθεῖσαν. 35) ibid. intercipiat. — μεσολαβήσῃ [29]). 36) ibid. omniaque. — κατὰ κοινοῦ DATA LICENTIA. (Pendet a communi data licentia.) 37) ibid. denuntiandi. — καταμηνύειν. 38) ibid. venalitate. δωροδοκίᾳ.

39) 60., 1. conveniant. — μεθοδεύσωσιν [30]). 40) ibid. sectentur. — σκυλεύσωσιν [31]). 41) 64., 8. Candido. — ὄνομα [32]). (Nomen.) 42) 65., 1. effracturam. — διορυγήν [33]). 43) 65., 2. — σημείωσαι ποίαν ἀγωγὴν κινοῦσιν οἰκοδο [μὴν] ἐπι[λα]μβάνοντες κτίσαι. (Nota qua actione utantur qui aedificium exstruendum conducunt.) 44) 65., 4. — κατὰ φύσιν γὰρ οὐκ ἀπαιτεῖ ἡ LOCATI εἰ μὴ CULPαν μόνην, καὶ [34]) μὴν EXACTAM. μὴ θεματίσῃς δὲ τὴν διορυγὴν ὑπὸ λῃστοῦ γενέσθαι· τιχη[ρὰ] γάρ ἐστιν αἰτία καὶ ὑπερβαίνει καὶ τὴν EXACTAM. (Naturaliter enim locati actio culpam tantum exigit, et quidam exactam diligentiam. Verum ne ponas ef-

27) Bl. παραιτηση. 28) Bl. διδασκα.

29) Bl. μεσολαβεισα. 30) Bl. μεθοδουθωσω.

31) Bl. οχυτανωσιν. Idem de verbo ὀχριάζω cogitaverat, quod apud Photium occurrit. 32) Bl. ομινο.

33) Bl. δικαγιν. Sed cf. schol. 44., ubi recte διορυγήν habet. Sumtā est haec interpretatio ἐκ τοῦ κατὰ πόδας, cf. Basil. ed. Heimb. II. p. 368.

34) Bl. in Codice sibi legere visus est οὐ, ideoque scholiastam doctrinam de culpa parum intellexisse indicavit. Sed omnino emendandum καί, alioquin haec verba, καὶ ὑπερβαίνει κτλ. sensu carent. Praeterea Thalelaeum noster sequitur auctorem, quem erroris vix argueris. Cf. Schol. p. Basil. ed. Heimb. II. p. 369. et schol. h. ibid. p. 374.

fracturam a latrone factam esse: is enim fortuitus casus est et vel exactam diligentiam excedit.) 45) 65, 5. — σημείωσαι διαφορὰν μισθωτοῦ οἴκου καὶ ἀγροῦ. (Nota differentiam inter conductorem aedium et fundi.) 46) 65., 7. Hermes. — ὄνομα [35]). (Nomen.) 47) ibid. fidem. — τουτέστιν ἐνεγγυήσω [36]). (Hoc est fideiussisti.) 48) ibid. detineretur. — ἀπέμεινεν. 49) ibid. in fine. — σύναψον τὴν σύνταξιν τῆς διατάξεως. (Hinc apta constructionem constitutionis.) 50) 65., 8. — σημείωσαι ἐπὶ ποίων ὁρᾷ τὸν μισθωτὴν ἡ ἀφορία τοῦ μισθωθέντος ἀγροῦ. (Nota quando sterilitas fundi locati ad conductorem spectet.) 51) ibid. sterilitates. — ἀφορίαι. 52) ibid. ubertate. — εὐθενίᾳ. 53) 65., 10. perpetua. — σημείωσαι ὅτι ἔστιν PERPETUA μίσθωσις. (Nota quod datur perpetua locatio.) 54) 65, 11. Invitos. — ἐπιμένων δὲ ἑκουσίως τῇ μισθώσει μετὰ τὸν χρόνον ἡσυχάζοντος τοῦ δεσπότου ἐπὶ μὲν ἀγροῦ εἰς ἐνιαυτὸν ἀνανεοῦται, ἐπὶ δὲ οἴκου ὅσον μένει· οὕτως βι. ιθ' τί. β' διγ. ιγ'. (Sin sponte in conductione post definitum tacente domino permanserit, in fundo in annum conductio renovatur, in aedibus in quantum manet: ita lib. XIX. tit. 2. dig. 13. [§. 11.]) 55) 65., 13. in solidum. — δυνατὸν γὰρ καὶ ἐπὶ μισθώσεως γίνεσθαι δύο REOS PROMITTENDον, ὡς ἔχομεν ἐν τῇ LOCATI τῶν διγ. [37]) ιγ' διγ. (Nam etiam in conductione duo rei promittendi existere possunt, ut habetur in dig. tit. locati dig. 13. [§. 9.]) 56) 65., 14. hordeum. — κριθὴν [38]). 57) ibid. — σημείωσαι· συχνάζει γὰρ τὸ φάκτον [39]). (Nota: nam saepe hoc contingit.) 58) 65., 16. pi-

---

35) Bl. ονον.

36) Bl. ενεγυησα.

37) Bl. δῆγ. — Cf. ad hunc locum schol. a. Basil. ed. Heimb. II. p. 372.

38) Bl. κριωσην. — Paulo ante Bl. notat super lineam adscriptum esse: *ECTOAAAHAON*. Hoc nisi fallor glossam non continet, sed ad inscriptionem pertinet, et legendum est: et aliis. Alioquin haec verba inscriptioni in Cod. Veronensi deessent. Cf. Codicem ex edit. Herrmanni p. 286. not. 26.

39) Bl. φαισνονη. — Vide schol. b. Basil. ed. Heimb. II. p. 372., in quo huius loci auctoritate συχνῶς pro συνεχῶς legendum esse crediderim.

gnoris. — *σημείωσαι ἐκ τῆς διατάξεως ταύτης καὶ τῆς ζ' διαφορὰν ἐγγυητοῦ* [40]) *καὶ ἐνεχύρων ἐπὶ τῆς μισθώσεως.* (Nota ex hac constitutione et const. 7. differentiam fideiussoris et pignorum in locatione.) 59) 65., 20. — *ὑπέξελε* [41]) *τὸν* DEBITορα· *ἐκεῖνος γὰρ ὀρθῶς μισθοῦται τὸ ἴδιον ἀπὸ τοῦ δανειστοῦ, ὡς ἔχομεν βι. ιθ' τι. θ' διγ. νε'.* (Excipe debitorem: is enim recte rem suam a creditore conducit, ut habetur lib. XIX. tit. 9. dig. 55.)

LIB. V.

60) 17., 11. sine culpa. — *εἰ δὲ μεθ' ὅρκου ἀγάγηταί τις ἐν τάξει γυναικὸς καὶ ἀλόγως αὐτὴν ἀποπέμψηται, τη περι του δ. γαμηι* [42]) .... *ειν* [43]) *ὡς ἡ νεαρὰ ἡ περὶ τρό[πων γνησιότη]τος* [44]) *ἐπιγεγραμμένη* [45]). *τὸ δὲ παρὸν* [46]) *νόμιμόν φησι καὶ ἡ περὶ διαφόρων κεφαλαίων καὶ* REPUDίου *καὶ ἡ περὶ ἀρχόντων καὶ μοιχείας καὶ τιμωριῶν ἀμφότεραι νεαραί.* (Si quis vero iureiurando praestito tamquam uxorem duxerit et temere eam dimiserit .... ut Novella (LXXIV. cap. 5.) cui inscribitur de modis, quibus legitimi fiunt. Praesentem autem sanctionem continent etiam Novellae (CXVII.) de diversis capitulis et de repudio et (CXXXIV.) de praesidibus et adulterio et poenis.) 61) ibid. pura. — *σημείωσαι ὅτι τῆς καθαρᾶς ὑποστάσεως λέγει· τὸ δὲ πρόδηλον, μετὰ ὑπεξαίρεσιν χρεῶν* [47]). (Nota quod purae substantiae dicit: hoc significat nimirum deductis debitis.) 62) ibid. perlectis. — *ἐπιλεγέντων.* 63) 17., 12. — *σημείωσαι ὅτι κο..η* [48]) *ἔχουσα ση..εχοντα .... καὶ [πρὸ γ]άμου δωρεα. τε* [49]) *πη.* (Nota quod ....) 64) ibid. *Μάρκῳ.* — *περὶ τῆς ἀρχῆς ε' λέγει.* (De principio const. 5 loquitur.) 65) 18., 2. — *μέ-*

---

40) Bl. *εγγονου.* — Cf. schol. d. Basil. ed. Heimb. II. p. 372.
41) Cod. *υφεξ.* 42) Vel *γανηι.* 43) Vel *ειπ.*
44) Bl. *περι μον* (vel *των*) .... *των.*
45) Bl. primo *επιγεγραμενων* legit, deinde ex iterata lectione *επιθεσαμενη.*
46) Bl. primo legit *τοδεπανο,* post *ψιτιθηναι* legere maluit.
47) Cod. *υφεξ. χρειων.* 48) Vel *ες.* 49) Vel *ο.*

μνησο τῆς κδ' τοῦ ις' τί. (Memineris const. 24. tit. 16.) 66) 18., ? *σημείωσαι .....υ....δος... ἡ διάταξις νόμιμο. κρατεῖν.* (Nota ....)

67) 18., 3. filii. — *σημείωσαι ὅτι ὁ ἀπὸ δούλου καὶ ἐλευθέρας τικτόμενος εὐγενής ἐστι καὶ* SPURι*ος καὶ* INCERTου *πατρός.* (Nota quod is, qui ex servo et libera nascitur, ingenuus est et spurius et incerti patris.) 68) 18., 3. — *τὰ περὶ ἐναπογράφων*[50]) *ἐλευθέραν*[51]) *γαμούντων, ὅτι ὁ τοιοῦτος γάμος οὐκ ἔῤῥωται, φησὶν ἡ κβ' τῶν νεαρῶν διατάξεων*[52]). (De adscriptiis liberam ducentibus, quod eiusmodi matrimonium non valeat, dicit Novella constitutio XXII.)

69) 24., 1. nutriri. — *φυσικῶς γὰρ οἱ πατέρες χρεωστοῦ[σι] θρέψαι*[53]) *τοὺς παῖδας.* (Naturaliter enim patres nutrire liberos debent.)

70) 27., 1. perfectissimos. — *ἀκροτάτους.* 71) ibid. abiecta persona. — *ποῖα δὲ ἐστὶν ἀπεῤῥιμμένα*[54]) *πρόσωπα ἔγνωμεν*[55]) *τί. ε'*[56]) *διατ. ζ'.* (Quae sint abiectae personae, didicimus tit 5. const. 7.) 72) ibid. venenis inficiuntur. — *μαγείαις*[57]) *προσυπηγοῦνται.* 73) ibid. perditorum. — *τῶν ἀθ[λί]ων.* 74) ibid. in praesentia. — *τουτέστι παρόντες.* (Hoc est praesentes.) 75) ibid. sine mora. — *ἐκτὸς*[58]) *ἐκδικήσεως.* (Absque petitione.) 76) ibid. — *σημείωσαι ὅτι τῶν προπειρώντων*[59]) *προσώπων μὴ κτησαμένων ἐντὸς δύο μηνῶν χώρα τῷ* FISC*ῳ*[60]). (Nota quod si personae, quae prius retrahunt, intra duos menses non quaesiverint, fisco locus est.) 77) ibid. perquirens. — *ζητῶν*[61]). 78) 27., 2. — *θεμάτισον ἢ πρ[ὶν] νόμῳ γῆμαι τοὺς φυσικοὺς ἐσχηκότα*

---

50) Bl. *απαποτροφων.*

51) Bl. *ελευθερων.*

52) Bl. *ναν.α..χα.*

53) Bl. *θρεται.*

54) Bl. *απερ.μμενα.*

55) Bl. *εγνωνεν.*

56) Bl. *ι.*

57) Bl. *μητιαις.* Idem conjecerat legendum esse *μητιδι.*

58) Bl. non securus est de lectione huius verbi. Forte *ἄνευ.*

59) Bl. *προπειπριντων* vel *προπειπωντων.*

60) Bl. *κτησαιηνι..εατωναηυζμ.κωλα τω* FU. Aptiores emendationes alii quaerant.

61) Bl. *ιησι..ν.* Idem conieccrat: *ζητήσας.*

αὐτὸν[62]) ἢ REPUD*ιάσαντα τὴν γυναῖκα· ἐπεὶ οὐκ ἐδύνατο ἔχειν παλλακὴν, ὡς ἐν τῷ κϛ' τί. ἔγνως.* (Pone eum vel ante naturales habuisse quam legitimam uxorem duceret, vel postquam uxorem repudiavit: alioquin concubinam habere non potuit, ut tit. 26. didicisti.) 79) ibid. — *σημείωσαι τὴν διαίρεσιν· νομίμου μὲν γονῆς οὔσης τοῖς φυσικοῖς δύναται τόσον καταλιμπάνειν ὅσον μέρος φησὶν αὐτὴ ἡ διάταξις· πὴ οὔσης δὲ ..*[63]) *ϛ' οὐγκίας κατὰ τὴν η'*[64])· *ἐγγόνοις δὲ, ἐὰν εἰσὶ φυσικοὶ, ὅσον θέλει, κατὰ τὴν ιβ'· ἐπιδιδομένῳ δὲ τῷ φυσικῷ παιδὶ εἰς βουλὴν νομίμου μὲν μὴ οὔσης γονῆς τὸ πᾶν καταλείπει*[65]), *ὑπούσης δὲ ὅσον ἑνὶ τῶν νομίμων παίδων τῷ λαμβάνοντι τὸ ἐλάχιστον κατὰ τὴν [θ'] διάταξιν.* (Nota distinctionem. Si quidem legitima soboles subsit, naturalibus tantam partem relinquere potest, quantam haec constitutio dicit: sin autem non sit, [usque] ad VI. uncias secundum const. 8.: nepotibus autem, si naturales sint, quantam vult, secundum const. 12.: si vero filium naturalem curiae offert, ei, siquidem non sit legitima soboles, totum relinquit, sin subsit, tantum quantum uni ex legitimis liberis, qui minimam portionem acceperit, secundum const. 9.) 80) 27., 3. liber. — *ὁ* LIBER *ἀντὶ τοῦ ἐλεύθερος βουλῆς.* (Liber, hoc est liber a curia.) 81) ibid. oritur. — ... *νγεημαπ .. πολιο* ... P ORITUR *τοῦτο [προ]βαίνει.* (............ oritur, hoc procedit.) 82) ibid. principatum. — *προτίμησιν.* 83) ibid. — *τοῖς μήλοις*[66]). 84) ibid. ubere. — *γάλακτι*[67]). 85) ibid. illuminet. — *φωσκώσῃ*[68]). 86) ibid. amplificatis. — *αὔξησον*[69]). 87) ibid. accedere. — *προςελθεῖν.* 88) ibid. in fine. — *ἀνάγνωθι καὶ τὰς περὶ βουλευτῶν β' νεαράς.* (Lege Novellas de curialibus ambas (XXXVIII. et CI.)) 89) 27., 4. desideria. — *τὴν βουλὴν τῶν τελευτώντων.* (Voluntatem morientium.) 90) ibid. renuntiandi. — *τοῦτο νόησον ἐὰν κατεδέξατο κλῆρον· ἐπεὶ δύναται ἀποτάττεσθαι τῷ κλήρῳ τοῦ πατρὸς ὁ μὴ βουλεύσων*[70]), *ὡς*

---

62) Bl. *εσχηκωταστον.* Idem *ἐσχηκέναι* legendum censuit.
63) Bl. .o. Forte *ἕως.* 64) Bl. $\overline{\mu}$. 65) Bl. *καληρει.*
66) Forte haec est glossa ad vocem ubere: nam *τὰ μῆλα* aliquando pro mammis puellae usurpantur. 67) Bl. *γαρ* ....
68) Bl. *φωνοσῃ* vel *φωνερωῃ.* 69) Sic Bl., vel *αυχξησοῃ.*
70) Bl. *βουλευ͞.*

ἡ γ'. Hoc accipe, si hereditatem adierit: nam qui decurio futurus non est, hereditati patris renuntiare potest, ut const. 3.) 91) ibid. ab intestato. — σημείωσαι τὸ AB INTESTATO διὰ τὸ εἰ[ρ]ημένον η' καὶ ιβ'· ἐκεῖναι γὰρ τὸ ἐναντίον. (Nota hoc: ab intestato, propter id quod dictum est const. 8. et 12.: hae enim contra.) 92) ibid. nascituros. — σημείωσαι ὅτι οἱ ὁτεδήποτε τεχθέντες παῖδες βουλευταί εἰσιν· ἡ γὰρ θ' τὸ ἐναντίον. (Nota liberos quandocunque natos curiales esse: nam const. 9. contra.) 93) 27., 5. Constantini. — ἡ διάταξις αὕτη κωνσταντίνου οὐ κεῖται. (Haec constitutio Constantini non est recepta.) 94) ibid. ab intestato. — ἐπειδὴ SUοι ἐγένοντο. εἰ γὰρ μὴ τοῦτο, φυσικὸς υἱὸς ἐξ ἀδιαθέτου οὐκ ἔρχεται εἰς τὸν κλῆρον τοῦ πατρός, ὡς ἡ η' φησίν. (Quia sui effecti sunt. Nam si hoc non sit, naturalis filius ab intestato ad hereditatem patris non admittitur, ut const. 8. dicit.) 95) ibid. pactis. — ἡ ι' φησὶ τοῦτο, τοὺς ἀπὸ παλλακῆς φυσικοὺς παῖδας προικῴων γινομένων γενέσθαι αὐτῷ ὑπεξουσίους. (Const. 10. hoc dicit, naturales liberos a concubina natos dotalibus instrumentis compositis sub potestate fieri.) 96) ibid. dilato. — παρατεταμένου[71]). 97) 27., 6. — αὕτη ἡ διάταξις ἀνῄρηται ὑπὸ τῆς ἐφεξῆς, ἥτις [α]ὐτὴν τοῖς ἰδίοις περι[κλείει] χρόνοις[72]). (Haec constitutio sublata est per sequentem, quae eam suis temporibus concludit.) 98) 27., 7. nefario. — σημείωσαι ὅτι φυσικὸς παῖς ὁ μὴ ὢν ἐξ INCESTων ἢ NEFARίων νοεῖται[73]). τὸ αὐτὸ βι. α' τί. ι' διατάξει μδ'. (Nota quod filius naturalis intelligitur qui non est ex incestis vel nefariis nuptiis. Idem lib. I. tit. 10. const. 44.) 99) ibid. improbanda. — ἀποδοκιμαζομένη. 100) ibid. de caetero. — ἀπολύτως, ἔνθεν. (Absolute, abhinc.) 101) ibid. ambiendae. — συνταξόμεναι[74]). 102) ibid. petulantiae. — προπετείᾳ[75]). 103) 27., 11. — τὸ νόμιμον τῆς διατάξεως λέγει ἡ περὶ τῶν πρὸ τῶν προικῴων τεχθέντων νεαρά. ἀνάγνωθι τὴν περὶ τῶν νόθων. (Ius huius constitutionis dicit Novella

71) Bl. παραταθητου. 72) Bl. οσονουσι.
73) Bl. ναειτι. Forte NUPTIων.
74) Bl. συντεζομενεζ.
75) Bl. π..οπειτια. Idem coniecerat: ἀσελγείᾳ.

(XIX.) de liberis ante dotalia instrumenta natis. Item Novellam (LXXXIX.; de naturalibus liberis.) 104) ibid Quam. — εἰς τὸ QUAM ἐστιν ἡ ἀπόδοσις [77]) τῆς συντάξεως. (In verbo quam constructio ad ἀπόδοσιν procedit.) 105) ibid — τὸν δὲ κανόνα παρατίθει τῇ περὶ νόθων νεαρᾷ. (Regulam autem proponit in Novella (LXXXIX.) de naturalibus liberis.

106) 28. 1. negotiorum gestorum. — καὶ οὐκέτι PRO TUTELAE. ταύτῃ γὰρ ἐκεῖνος κρατεῖται ὁ δυνάμενος εἶναι ἐπίτροπος μὴ ὢν δὲ ἐπ' ἀληθείας [77]). ἐνταῦθα δὲ [illegible] μὴ δυναμένης δοῦναι τῆς [illegible] [illegible] μιας (?) δίδωσιν τῷ ἀπελευθέρῳ, ὅτε γράψῃ [illegible] μον, ὡς ἐν τῷ DE TUTELIS μονοβίβλῳ. (Non autem pro tutela. Hoc enim is tenetur, qui tutor esse potest, revera [illegible] non est. Hoc autem casu .... liberto [illegible] si eum heredem scripserit, ut in libro singulari de tutelis. 107) 28., 3. (?) — σημείωσαι ὅτι δύο ἢ τρεῖς [illegible] ... θεντα. [illegible] .... [illegible] .. [illegible] .... (Nota quod duo vel tres ....)

108) 33., 1. — σημείωσαι ὅτι [illegible] ὑπόστασιν [illegible] [78]), καὶ ὅτι [illegible] TORA. (Nota quod et vita et aetas [illegible] bet, et quod Praetor decretum [illegible]

109) 34. 1. quia. — [illegible] ἐναγόμενος [79]) [illegible] (Nota quod qui in statu [illegible] liber est.) Ibid 34. [illegible] — ... ἔχει[ν, ὡς] [illegible] nem habet, ut it [illegible] τῆς α' [illegible] cae tit. 32.) [illegible] 113) ibid. [illegible]

---

76) Apud [illegible]
77) Bl. [illegible]
79) Bl. [illegible]
81) Bl. [illegible]
83) Bl. [illegible]

114) 37., 4. — ἀνάγνωθι τὴν ι'. (Lege const. 10.) 115) 37., 5. — .... αθιζεσθαι οκη .... [ἀποτί]θεσθαι τὰ χρήματα τοῦ νέου [84]). (.......... deponere pecuniam pupilli.) 116) 37., 6. simultates. — ἐχθήματα. 117) 37., 7. — τὸ μέντοι εὔφθαρτον [85]) τε ανειω αψθηπ . τουτω εκποιηναι ἐὰν ποιουσι .. τα των ... εντα ... DE TUTELIS μονοβίβλῳ [86]). (Quod autem facile corrumpitur ....) 118) 37., 8. — σημείωσαι ὡραῖον καὶ ἀνάγνωθι τὴν α' καὶ τὴν β' τοῦ ἑξῆς τί. (Nota pulcrum et lege const. 1. et 2. tit. sequentis.) 119) 37., 9. moderatum. — σημείωσαι τὸ MODERATUM EST HONESTAE PERSONAE. (Nota haec: moderatum est honestae personae.) 120) 37., 12. curatoribus. — τουτέστι τῶν CURATOρων τῆς ἀφήλικος ἧς ἐκληρονόμησας [87]). Hoc est curatoribus minoris, cui successisti.) 121) 37., 13. — ἀνάγνωθι τὴν κε'. (Lege const. 25.) 122) 37., 14. — μέμνησο τῆς β'. (Memineris const. 2.) 123) 37., 15. — τοιοῦτον ἔγνως βι. δ' τί. διατ. ιδ'. (Hocce didicisti lib. IV. tit. 2. const. 14.) 124) 37., 16. — ἀνάγνωθι τὴν κβ'. (Lege const. 22.) 125) 37., 17. donare. — ἑτέρῳ λόγῳ ὅτι ἐὰν IN FRAUDEM τῶν νέων ἐκποιήσωσιν, ἀνατρέπεται· ὡς ἡ α' τοῦ οε' τί [88]). (Alia ratione rescinditur, si in fraudem minorum alienaverint: ut const. 1. tit. 75.) 126) 37., 19. — σημείωσαι διὰ τὴν η'. (Nota propter const. 8.) 127) 37., 22. multum. — ἐνταῦθα ἡ ἀπόδοσις τῆς συντάξεως. (Hic est constructionis ἀπόδοσις.) 128) ibid. mori. — τελευτᾶν.

129) 40., 2. — ὁμοίως ἡ β' τοῦ λη' τί. (Similiter const. 2. tit. 38.)

130) 41., 1. — σημείωσαι ὅτι ἐπίτροπος μισθωσάμενος τὰ δημόσια [89]) DE FALSO κατέχεται. (Nota tutorem, qui publica vectigalia conduxerit, de falso teneri.)

---

84) Similis huic scholio παραγραφὴ Thalelaei Schol. r Basil. ed. Heimb. III. p. 756.

85) Bl. ευφθαττε.

86) Bl. DE TUTELA MEMOR. Cf. Schol. t Basil. l. l.

87) Schol. g Basil. l. l. p. 758.

88) Cf. Schol. t Basil. l. l. p. 759.

89) Bl. τεαιντω. Idem legendum censuit ταμειω.

131) 42., 3. — [illegible] Adde [illegible]

[illegible] γὰρ οὐδὲ [illegible] [illegible] [11]). [illegible]

hi satisdant.) 132) ibid. — [illegible]

ἐπίτροπος οὐδὲ [illegible] [illegible]

τῷ νέῳ· ἄλλῳ δὲ [illegible] [illegible]

qui satis non dederit. [illegible]

conventus et condemnatus [illegible]

iusmodi tutor potest.) 133) [illegible]

β' τί. μ' [illegible] δ'. Simile [illegible]

134) 42., 4. — [illegible]

135) 43., 1. — [illegible]

[illegible] ἢ τὸν [illegible]

[illegible] (Vide [illegible]

specti postulatio [illegible]

est.) 136) 43. [illegible]

τὸ τῆς [illegible]

εἶτε μὴ [illegible]

INSTIT. [illegible]

in substantiam [illegible]

neque [illegible]

dicimus [illegible]

[illegible]

[illegible]

tamquam [illegible]

[illegible]

μενον ἀεὶ [94]). (Nota quod non utique declarationi testatoris super propria substantia fides haberi debeat: mirum quod non ei, qui contra semet ipsum loquitur. Nota hoc utpote semper quaesitum.) 141) ibid. — ἡ νεαρὰ ἡ περὶ τοῦ ὅρκου τοῦ TESTATορός [95]) φησιν, ἐὰν ἐλάττονα εἴπῃ [96]) τὴν ἰδίαν οὐσίαν, πρὸς κληρονόμους πιστὸν αὐτὸν εἶναι. (Novella [XLVIII] de iuramento testatoris dicit, si substantiam suam minorem dixerit, quantum ad heredes spectat, fidem ei habendam esse.) 142) 51., 2. — σημείωσαι ὅτι ...... νοι...... ει................ ουσαν ο απο OLVE. ATAILIA [97]). (Nota ....) 143) 51., 5. — σημείωσαι ὅτι δεῖ πάντας τοὺς ἐπιτρόπους παρὰ τῷ αὐτῷ δικαστῇ ἀχθῆναι καὶ οὕτως καὶ ἐνάγεσθαι τῇ TUTELAE [98]). (Nota quod omnes tutores apud eundem iudicem sisti et sic tutelae conveniri debent.) 144) 51., 6. — σημείωσαι ὅτι οἱ διοικήσαντες ἐπίτροποι πρῶτον ἐνάγονται καὶ ἐξ ἀπορίας τούτων ἐν δευτέρᾳ τάξει οἱ μὴ διοικήσαντες. πάντων δὲ διοικησάντων λέγει τί δεῖ γενέσθαι ἡ διάταξις. ἀνάγνωθι τὴν β' καὶ τὴν γ' τοῦ ἑξῆς τί [99]). (Nota quod primum conveniuntur tutores qui administraverunt, et si hi non sint solvendo secundo loco qui non administraverunt. Sin omnes administraverint constitutio dicit quid fieri debeat. Lege const. 2. et 3. tituli sequentis.) 145) 51., 9. — σημείωσαι καὶ μέμνησο τῆς β' τοῦ μς' τί [100]). (Notes hoc et memineris const. 2. tit. 46.) 146) 51., 13. — μέμνησο τῆς α'. (Memineris const. 1.) 147) ibid. — σημείωσαι ὅτι ἐνταῦθα χδηθοντειχα δημο .. ιvη εκτα .. [μείζο]να λέγων τὴν οὐσίαν τοῦ [πουπίλλου ὁ] ἐπίτροπος πρόκριμα οὐ πάσχει. (Nota quod si .... maiorem dixerit substantiam pupilli tutor praeiudicium non patitur.) 148) ibid — σημείωσαι τὰς ποινὰς τὰς κατὰ τῶν μὴ ποιούντων INVENTον κηδεμόνων [101])

94) Similis est παραγραφὴ Thalelaei in Schol. z. et a. Basil. ed. Heimb. III. p. 723.

95) Bl. IUST.

96) Bl. ελλατ..τονειπος.

97) Cf. Schol. c. Basil. l. l.

98) Cf. Schol. i. initio Basil. l. l. p. 724.

99) Cf. Schol. n. Basil. l. l. p. 725.

100) Cf. Schol. t. Basil. l. l. p. 726.

101) Bl. κηδαιμονων.

(Nota poenas adversus tutores statutas, si inventarium non fecerint.)

149) 52., 2. — σημείωσαι τὴν διαίρεσιν [102]) τῆς διατάξεως. (Nota distinctionem constitutionis.)

150) 53., 1. — τουτέστιν ἐὰν θέλει ὀμόσαι ὁ ἐπίτροπος· τοῦτο γάρ ἐστιν ὃ θέλει λέγειν [103]). (Id est si iurare vult tutor: hoc enim est quod dicere vult.) 151) 53., 2. — σημείωσαι ὅτι καὶ ἐκ τεκμηρίων ἐναργῶν δύναται ὁ δικαστὴς κρίνειν. περὶ τῆς οὐσίας τοῦ PUPILLου. (Nota quod etiam ex argumentis liquidis de substantia pupilli iudex cognoscere potest.) 152) ibid. per longam. — τουτέστιν ἐὰν μετὰ πολὺν χρόνον τοῦ κληρονομῆσαι αὐτοὺς οὐκ ἀποκαθιστῶσι τὰ δικαιώματα [104]). (Hoc est si post longum tempus quam hereditatem adierunt, instrumenta non restituunt.) 153) ibid. dolo. — ἀπὸ γὰρ LATας [105]) CULPας καὶ DOLου δίδοται ὁ IN LITEM ... [106]). (Nam ob latam culpam et dolum in litem [iurare] datur.) 154) 53., 3. — σημείωσαι ὅτι οὐ δύναται ὁ νέος τὴν ὑπὲρ αὐτοῦ ἐξενεχθεῖσαν ψῆφον πάκτῳ μειοῦν. (Nota quod minor sententiam pro eo latam pacto minuere non potest.) 155) ibid. pacto. — τὸ PACTον ἐνταῦθα τὴν διάλυσιν νόησον· οὕτως πατρίκιος [107]). (Pactum hoc loco intellige transactionem: ita Patricius.) 156) 53., 5. — εἰ καὶ καταδικάζεται ὡς ἀπὸ DOLου τοῦ TESTATORος καὶ ἐπιτρόπου εἰς τὸ διαφέρον, προδήλως διαφορὰν ἔχει μὴ ὑποκείμενος τῷ IN LITEM [108]) ὅρκῳ, διότι μὴ αὐτὸς ἐποίησεν τὸν DOLον εἰς τὸ μὴ γίνεσθαι τὸ INVENTον. (Etiamsi ob dolum testatoris eius-

---

102) Bl. δια .... Ipse coniecit διέξοδον.

103) Bl. τουτο ταν εστιν ο θελτε λετειν. — Caeterum cf. Thalelaeum Schol. b. Basil. ed. Heimb. III. p. 781.

104) Cf. Basil. XXXVIII., 15., 2. ibique Schol. c. ed. Heimb. l. l.

105) Bl. σαταξ.

106) Bl. ηηνιτιπαριθεση. — Cf. Thalelaeum schol. b. cit.

107) πατραξιας. Cf. Schol. d. Basil. l. l. p. 782. Comprobatur hoc loco coniectura, quam olim proposueram Ἀνεκδοτ. p. XLVIII. not. 5.

108) Bl. εγκαταιω. — Caeterum ad verbum paene hoc scholium conspirat cum Schol. g. Basil. l. l.

demque tutoris in id quod interest condemnatur, tamen in hoc aperte differentia est, quod in litem iuriiurando non subiacet, quippe ipse non fecit dolo quominus inventarium fieret.)

157) 54., 1. comparari. — συγκρίνεσθαι. 158) ibid. captatum. — θηραθὲν[109]). 159) ibid. gratia. — ἐὰν κατὰ χάριν παρεχώρεσέν τινι ὁ ἐπίτροπος, ὅπερ ἐστὶν προδεδω . ον . ονιον[110]). Si cui ob gratiam aliquid concesserit tutor, quod est ......) 160) 54., 2. — τὸ αὐτὸ ἡ γ' τοῦ νβ'. (Idem dicit const. 3. tit. 52.) 161) 54., 4. — σημείωσαι καὶ μέμνησο τῆς β'[111]). (Nota et memineris const. 2.)

162) 55., 1. — σημείωσαι ὅτι κατὰ PATRONος ἀτιμοποιὸν μὲν ἀγωγὴν οὐ κινεῖ ὁ ἀπελεύθερος, EXTRA ORDINEM δὲ δύναται προσελθεῖν κατ' αὐτοῦ. (Nota: adversus patronum famosam quidem actionem libertus non instituit, sed extra ordinem iudicem adire potest.)

163) 56., 3. — σημείωσαι διὰ τὴν ἀντιδιαστολὴν, ὅτι ἐὰν μὴ ταῦτα ποιεῖ δυνάμενος, τόκους παρέχει. (Nota hoc propter argumentum a contrario, quod si, quum posset, haec non fecerit, usuras praestat.)

164) 58., 1. — σημείωσαι καὶ ἀνάγνωθι τὴν ἑξῆς. (Nota et lege const. sequentem.) 165) ibid. — εἰ μὴ UTILIαν[112]) κατὰ τῶν συγκηδεμόνων[113]). (Nisi utilem actionem adversus contutores.) 166) ibid. — σημείωσαι τὸν θεματισμὸν ταύτης καὶ τῆς β' καὶ σημείωσαι τὴν διαφορὰν καὶ μὴ δόξωσιν ἐναντία[ι] εἶναι. (Nota casum huius et 2. constitutionis, et nota differentiam, nec videantur tibi contrariae esse.) 167) 58., 3. — σημείωσαι ὅτι εἰ μὴ εἰς ὃ κληρονομεῖ τις μέρος οὐχ[114]) ὑπομένει CONFUSIONα[115]). (Nota quod quis nonnisi ex ea parte, ex qua heres est, confusionem patitur.) 168) 59., 1. — τὸ νόμιμον καὶ ἐν τοῖς INSTIT. κεῖται καὶ ἐν τῷ η' β. τοῦ παρόντος[116]) συντάγματος. (Hoc ius etiam in Instit. dictum est

109) Bl. θηρεισθεν. Cf. τὸ κατὰ πόδας in Schol. m. Basil. l. l. p. 738. 110) Cf. Schol. n. Basil. l. l.

111) Cf. Schol. s. Basil. l. l. p. 739.

112) Bl. ειωσLIA.

113) Bl. τηνκηδαιμονων. — Cf. Schol. b. Basil. l. l. p. 785.

114) Bl. ουκ. 115) Cf. Schol. f. Basil. l. l. 116) Bl. καν.

et lib. VIII. huius Codicis.) 169) 59., 2. — καὶ τὸ παραχωρεῖν γὰρ ἐνοχὴν ηειστο τινα ὀιξει (?) τοῦ οα' τί. (Nam etiam actionis remissio [alienatio est, ut const. 7.] tit. 71.) 170) 59., 3. — οὐδὲ γὰρ ἡ τοιαύτη πρᾶσις παραιτητος ουσα (?) καὶ δικαίου τῆς νομῆς μὴ προηγουμένου οὐ προβαίνει ἡ τοῦ μακροῦ χρόνου παραγραφή. (Neque enim haec venditio .... et iure possessionis non praecedente longi temporis praescriptio non procedit.) 171) 59., 4. posteritati. — τουτέστι τοῖς [117]) μεθ' ἡμᾶς ἀνθρώποις [118]). (Hoc est hominibus, qui post nos erunt.) 172) ibid. adesse. — μετὰ τὴν ἥβην· τότε γὰρ καὶ δύναται κατηγορεῖσθαι. (Post pubertatem: tunc enim etiam accusari potest.) 173) ibid. — μέμνησο τῆς β' τοῦ ς' τί. τοῦ γ' βι. (Memineris const. 2. tit. 6. lib. III.) 174) 59., 5. per quam. — μέχρι τοῦ COMPELLEBANTUR ἡ σύνταξις. (Constructio procedit usque ad verbum compellebantur.) 175) ibid. fideiussionis. — σημείωσαι ὅτι οἱ ἁπλῶς δοθέντες παρὰ τοῦ ἄρχοντος οὐ νοοῦνται κατὰ INQUISITIONα δοθῆναι καὶ ὅτι ἐγγύας παρέχουσιν. (Nota quod qui simpliciter a magistratu dati sunt, non intelliguntur ex inquisitione dati et fideiussores praestant.)

176) 71., 4. multo magis. — καλὸν τὸ MULTO MAGIS. δωρεῖσθαι γὰρ οὐδὲ μετὰ [119]) DECRETου δύναται τὸ ἀκίνητον ὡς ἡ γ' τοῦ οδ' [120]) τί. (Recte hoc: multo magis. Donare enim rem immobilem nec decreto interveniente potest, ut const. 3. tit. 74.) 177) 71., 5. — σημείωσαι ὅτι ἡ IUDICATI ἀναψηλαφᾶται [121]) καὶ τὰ ἤδη κεκριμένα. (Nota quod indicatum retractatur et quae iam decreta sunt.) 178) 71., 6. — σημείωσαι ὅτι ἐξ ἐπιπέδου τοῦ νέου τὸ ἀκίνητον οὐκ ἐκποιεῖται, οὐδὲ μην [122]) τὸ περὶ τούτου DECRETον διὰ PROCURATORας πράττεται [123]). (Nota quod immobile minoris de plano non alienatur, neque vero etiam decretum super hoc per procuratorem fieri potest.) 179) 71., 7. — ἐκποίησις γάρ ἐστιν

---

117) Bl. της. 118) Bl. ημεταιπρωτοτο. 119) Gösch. οὐδ' ἐντός.

120) Gösch. δ'. -- Cf. Schol. κ. Basil. ed. Heimb. III. p. 765.,

121) Bl. αναψηλαφαι. -- Cf. Schol. m. Basil. l. l. p. 768, in quo verbum ἐξεταστέον ex hoc loco emendandum est.

122) Gösch. οὐδαμῆ. 123) Cf. Schol. n. Basil. l. l.

καὶ φύτη. μέμνησο τῆς β' τοῦ νθ' τί[124]). (Nam et haec alienatio est. Memineris const. 2. tit. 59.) 180) 71., 8. — *ἀνάγνωθι τὸ τέλος τῇ γς' τοῦ οδ' τί. φησὶ γὰρ καὶ τὴν προγάμου δωρεὰν*[125]) *δεῖσθαι* DECRET*ου.* (Lege finem const. 3. tit. 74. Dicit enim etiam ante nuptias donationem decreto indigere.) 181) 71., 10. — *ὡς εἶτε τὸ πᾶν ἐδαπανήθη περὶ τὴν οὐσίαν τοῦ νέου, εἰς τὸ*[126]) *πᾶν ἐνήγετο. ἐν[άγ]εται δὲ τῇ ἐξ* EMPTO, *ἵνα ἢ βεβαιώσῃ*[127]) *τὴν πρᾶσιν ἢ ἀναδῷ τὸ*[128]) *τίμημα.* (Proinde si totum in substantiam minoris erogatum est, in solidum convenitur. Convenitur autem ex emto actione, ut aut confirmet venditionem aut pretium reddat.) 182) 71., 11. —*σημείωσαι ὅτι καὶ* DECRET*ου πραχθέντος ἐὰν ἀγνοῶν ὁ νέος τὴν ποιότητα τοῦ πράγματος ἥττονος τιμήματος πωλήσῃ, βοηθεῖται.* (Nota: etiam decreto interveniente si minor qualitatem rei ignorans minoris pretii vendiderit, adjuvatur.) 183) 71., 12. — *σημείωσαι [καὶ μέμνη] σὸ τῆς α' τοῦ τί. ἵνα ἐκφυγῇς*[129]) *τὸ ἐναντίον.* Notes et memineris const. 1. hujus tit., ut contrarietatem effugias.) 184) 71., 15. — *σημείωσαι ὅτι οὐδὲ* PRO SOLUTO *δύναται ὁ νέος παρέχειν ἀγρὸν* DECRET*ου χωρίς.* (Nota quod minor fundum nec in solutum sine decreto dare potest.) 185) 71., 16. — *ὥστε οὖν κἂν ἔσω ἐν τῇ πόλει ἐστὶν, ὅλως δὲ πρόσοδον παρέχει, πραιδίοις συναριθμεῖται καὶ* SUBURBAN*ον καλεῖται· καὶ τὸ ἔμπαλιν ἐὰν ἔξω τῆς πόλεως ἐστιν, οὐ παρέχει δὲ πρόσοδον ἀλλὰ πρὸς μόνην*[130]) *τέρψιν ἐπινενόηται,* URBAN*ον καλεῖται καὶ .... ἐστὶν οὕτως θαλπε ...*[131]). (Proinde si vel intra urbem situm est, sed tamen reditum

---

124) Gösch. *τί.* non habet. — Caeterum cf. Basil. XXXVIII., 9., 48. in fine.

125) Gösch. *τὸν πρὸ γάμου δωρούμενον.*

126) Bl. *ε.* Gösch. verba *εἰς τὸ πᾶν* plane omisit.

127) *νεξαιωσῃ.* Gösch. rectum vidit.

128) Ita Gösch. Bl.: *ανεδωτε.* — Caeterum cf. Schol. p. Basil. l. l.

129) Bl. ...... *σον της ᾱ του τινα ηφυγης.* — Cf. Schol. s initio Basil. l. l. p. 767.

130) Gösch., quem Bl. sequitur: .. *αμίνη* ..

131) Cf. Schol. y Basil. l. l.

[illegible] et [illegible] vice [illegible] si [illegible] est. [illegible] vocatur . . .)

[illegible]) 72., 3. — [illegible] τῆς [illegible]. ([illegible] 1)

[illegible]) 73., 1. ignorantiaque — [illegible] ([illegible] est [illegible] esse [illegible]) [illegible]) 73., 1. legitimae [illegible] tis — [illegible][132]) γὰρ [illegible][133]) οὐκ [illegible] χρόνου [illegible] ὡς [illegible][134]) [illegible] (Hinc enim longi temporis praescriptio non [illegible] lib. VII. tit. 35. const. 3.) [illegible]) 73. 2. [illegible] — [illegible] ὅτι ὁ [illegible] quod [illegible] qui bona fide emtor [illegible] — εἰ γὰρ ἥ[ττων] ἦν οὐκ [illegible][135], [illegible] χρόνου παραγραφή[136]). (Nam si minor [illegible] praescriptio ei non currebat)

[illegible]) 74., 3. veniam aetatis — [illegible] συγγνώμην ἡλικίας αἰτήσας [illegible] ἀκίνητον. (Nota quod [illegible] mobile sine decreto alienare [illegible] ὅτι ἐὰν μετὰ [illegible] ὁ νέος [illegible] si minor post [illegible] venditio sine decreto [illegible] men. — [illegible][137]) [illegible] minoris aetatem. [illegible] plex quidem [illegible]

---

132. [illegible]

133. [illegible]

134. [illegible]

135. [illegible]

propter nuptias autem donatio cum decreto fieri potest. Nota propter initium const. 4. tit. 78.)

195) 75., 1. — ..υ... ην μετὰ τὴν ἐξ.......... [SUBSIDIA]-RΙαν οὖσαν. (.............. quum subsidiaria sit.) 196) ibid. revocatisque. — ἀνατρεπομένων φησὶ [139]) τῶν IN FRAUDEM τοῦ νέου ἐκποιηθέντων ἰδικῶν [140]) πραγμάτων τοῦ κηδεμόνος [141]) διὰ τῆς RESCISSORIας δηλονότι. (Revocatis, inquit, rebus propriis curatoris, quae in fraudem minoris alienatae sunt, per rescissoriam nimirum.) 197) ibid. utilem. — σημείωσαι ὅτι καὶ μὴ ἐκχωρούμενος τὰς κατὰ τῶν ἐγγυητῶν ἀγωγὰς ὁ νέος ἔχει τὰς UTILIας [142]). (Nota quod minor, licet ei actiones adversus minores non sint cessae, tamen utiles habet.)

LIB. VI.

198) 2., 22. §. 3. — τοῦτο περὶ τῆς COMMODATI νόησον. ὁ γὰρ δανειστὴς ὅσα [143]) λάβῃ ἐκ τοῦ ἐξωτικοῦ ταῦτα [144]) τῷ δεσπότῃ λογίζεται [145]), οὕτως ἐν τῷ κ[β′] διγ. τῆς PIGNERATI-[κί]ας τῶν DE REBUS. (Hoc de commodati actione intellige. Creditor enim quaecunque ab extraneo acceperit domino reputat. Ita dig. 22. tit. de pigneraticia parte de rebus.) 199) ibid. ubi enim periculum. — ὥσπερ οὖν οὐδὲ κερδαίνει τὶς ὅταν [146]) οὐ κινδυνεύει. οὗτος γὰρ ὁ κανὼν εἴρηται ἐν τῇ COMMODATI τῶν DE REBUS διγ. λη′. οὕτως καὶ ἐν τῇ MANDATI τῶν DE REBUS πάλιν ὅτι ὁ δανείζων ἐν ἰδίῳ ὀνόματι ἐπὶ τόκοις ὡς αὐτὸς κινδυνεύων κερδαίνει [147]) καὶ τοὺς τόκους. (Sicuti nec lucrum percipit qui periculum non subit. Haec enim regula dicta est tit. commodati parte de rebus rursus dicitur, eum, qui suo nomine pecuniam mutuo dederit,

---

139) ανατοεδιμενκῳ. 140) Bl. ιδιδνῶ.

141) Bl. κηδεμονου.

142) Cf. Schol. q. Basil. ed. Heimb. III. p. 745., ubi ἐπερωτήσαντα ex hoc loco in ἐκχωρηθέντα mutandum est.

143) Bl. επι. 144) Bl. και (?) πτου.

145) Bl. .ομ (vel ει) τεται. 146) Bl. ICαν.

147) Bl. κερδαινων.

quippe enim periculo sit, etiam usuras lucrari. 200) ibid. § 4. — ἄλλου δὲ ἄλλῳ ἀτιμωτικὴν ἀγωγὴν κινοῦντος ἐν τῷ ε' βι. τι. ιβ' διατ. α'. (..... famosam actionem .... lib. V. tit. 12. const. 1.)

201) 4, 4. § 26. ὤμοσεν. — σήμερον ἐξ ὧν ὀμνύει τίς ποτε οὐ γίνεται πάτρων. τοῦτο γὰρ ἦν ποτε, ὡς βι. β' τῶν πρώτων τι. δ' διγ. η'. (Hodie ex his, quae quis iuravit, non fit patronus. Hoc enim olim sic fuit, ut lib. II. τῶν πρώτων tit. 4. dig. 8.) 202) 4, 4. § 27. ὀρκίνων. — σημείωσαι ὡραῖον, ὅτι οἱ ὀρκῖνοι ἀπελεύθεροι ἔχουσιν[148]) πάτρωνας καὶ ὑπόκεινται[149]) πατρωνικοῖς δικαίοις. (Nota pulcrum, quod orcini liberti patronos habent et iuribus patronatus subiacent.)

203) 5, 1. — οὐκοῦν εἰς τὸ λοιπὸν τοῦτο μέρος[150]) δίδοται ἡ [illegible] καὶ μόνον. (Igitur ad hanc reliquam partem [illegible] solummodo datur.)

204) 6, 2. iure. — νόμως[151]). 205) 6, 3. — ὡραῖον. μέμνησο τῆς θ' τοῦ γ' τι. (Pulcrum. Memineris const. 9. tit. 3.) 206) 6, 6. perpeti. — ἀνέχεσθαι. 207) 6, 7. vindictam. — ἐκδίκησιν. 208) ibid. impertiri. — παρασχεῖν.

209) 7, 2. cervicem. — τράχηλον[152]). 210) ibid. erexerit. — [illegible][153]). 211) ibid. contraxerit. — ἀναδέξηται. 212) ibid. filiorum. — [illegible]. 213) ibid. nati. — [illegible] οἱ πρὸ τῆς ἀχαριστίας συλληφθέντες καὶ τεχθέντες. (Respice ad verbum nati. Itaque non [illegible] ingratitudinem concepti et nati sunt. 214) [illegible] reverentiam. — [illegible] γὰρ οὐ [illegible][154]). (Oportet enim [illegible]) 215) ibid. — [illegible] (Nota quod liberti [illegible] praestant [illegible] in [illegible])

---

[149]) [illegible]

[150]) [illegible]

[152]) [illegible]

[154]) [illegible]

216) 18., 1. naturalis. — τὸ NATURALIS περὶ COGNATων [155]) φησὶ, οὐ μὴν περὶ φυσικῶν παίδων· οὗτοι γὰρ ἐξ ἀδιαθέτου [οὐ] κληρονομοῦσιν, ὡς βι. ε' τι. τῷ προσφόρῳ εἴρηται [156]). (Verbum naturalis de cognatis usurpat, neque vero de naturalibus liberis: hi enim ab intestato non succedunt, ut lib. V. tit. competente dictum est.)

217) 19., 2. — ἴσθι δὲ ὅτι οὐδὲ ADIτεύειν [157]) κληρονομίαν ἄνευ βουλήσεως [158]) τοῦ [υἱ]οῦ δύναται [159]) ὁ πατὴρ, ὡς ἐν τῷ λ' τι. εὑρήσομεν. (Scias autem, quod nec hereditatem adire pater absque voluntate filii potest, ut tit. 30. videbimus.)

218) 20., 4. — σημείωσαι ὅτι καὶ PROFECTICIαν καὶ ADVENTICIαν καὶ επισισεφαναι τῷ τέλει τῆς διατ. λεξης ὑποδιαίρεσιν ἔχουσαν. (Nota quod et profectitiam et adventitiam…… ……) 219) ibid. — ἁπλὴν θεματίζει δωρ[εὰν], ἥτις οὐ συνεισφέρεται, ἐὰν μὴ ἐπὶ τούτῳ [160]) ἐδωρήθη, ὡς ἡ κ' φησὶ διάταξις. (Simplicem ponit donationem, quae non confertur, nisi sub hac conditione donatum sit, ut const. 20 dicit.)

220) 21., 6. — σημείωσαι στρατιωτικὸν προνόμιον ἐπὶ ὑποκαταστάσεων. (Nota privilegium militare in substitutionibus.) 221) 21., 7. — ἕτερον κρατεῖ ἐπὶ τ[ο]ῦ γραφέντος κληρονόμου …… [161]) παρὰ τοῦ παγανοῦ κατὰ τὸν τρόπον τοῦτον, ὡς ἡ α' [162]) τοῦ κζ' τι. (Aliud obtinet in eo, qui heres scriptus est …. a pagano in hunc modum, ut const. 1. tit. 27.) 222) 21., 9. in potestate. — ὁ γὰρ EMANCIPATος CONTRA TABULAS κινεῖ. (Emancipatus enim contra tabulas petit.) 223) 21., 10. rumore. — θορύβου. 224) 21., 13. — σημείωσαι διὰ τὴν α'. (Nota propter const. 1.) 225) 21., 15.

---

155) Bl. κριαστουσι.

156) εμνατων. — Cf. Schol. f. Basil. ed. Heimb. IV. p. 544.

157) Bl. ι.'.δε.. 158) Bl. βουλησιση.

159) Bl. οχουναται.

160) Bl. η (vel μ)ενετατω. — Totum hoc scholium emendatione adhuc indiget: nam ad l. 4. adscriptum est, sed ita, ut nunc legitur, ad interpretationem eius legis neutiquam pertinet.

161) Bl. α (vel ο) η (vel ρι) κ..

162) Bl. β̄ ς.

postremo. — τελευταίῳ [163]). 226) ibid. amplecti. — ἀγαπῆ[σαι]. 227) ibid. vagina. — ξιφοθήκῃ [164]). 228) ibid. rutilantibus. — ἐρυθραινομένοις [165]).

229) 22., 2. adscitae. — .. των .. θεντος. 230) ibid. antevertit. — προκατεσ.. [166]). 231) 22., 8. duxerint. — ἡγήσηται [167]). 232) ibid. consequi. — ἔχειν. 233) ibid. recipiat. — ἀναφανῇ [168]). 234) ibid. insuper. — πρὸς τούτοις. 235) 22., 9. — τὸ αὐτὸ καὶ περὶ CODICILLων ἡ ε' τοῦ λ[ϛ'] τί. (Idem de codicillis dicit const. 5. tit. 36.) 236) 22., 10. obedire. — νοϱ ... σαϱειν [169]). 237) ibid. variatus. — μετατιθείς. — 238) ibid. articulata. — ἔναρθρος [170]). 239) 22., 11. lege. — περὶ τῆς ϛ' φησὶ τοῦ ζ τί. διατάξεως. (Loquitur de const. 6. tit. 7.) 240) ibid. in rebus. — τουτέστιν εἰς τὰ ἀπροσπόριστα [171]). (Hoc est in rebus, quae non acquiruntur.) 241) ibid. bona. — τουτέστι τὰ ἐν PECULIῳ παγανικῷ.. (Hoc est quae in peculio pagano sunt.) 242) 22., 12. constitutionis. — ἔστι δὲ ἡ λζ [τοῦ] κη' τί. τοῦ γ' βι [172]). (Est autem const. 37. tit. 28. lib. III.)

243) 23., 1. — τοῦτο καὶ ἐν τῷ προσφόρῳ τί. τῶν INSTITUTων. (Hoc etiam in Instit. tit. competente.) 244) 23., 2. — τοῦτο ἐπὶ παντὸς INSTRUMENTου κρατεῖ, ὡς εἴρηται βι. δ' τί. κα'. (Hoc in omni instrumento obtinet, ut dictum est lib. IV. tit. 21.) 245) 23., 4. — [οὐ μ]όνον ἐπὶ διαθή[κης] ἀλλὰ καὶ ἐπὶ LEGATων [τοῦ]το ἐστὶν, ὡς εἴρη[ται] τί. κ' τῆς β' τῶν [INS]TITUTων. (Non solum in testamento sed etiam

---

163) Bl. ενωβολλω. 164) Bl. ηο.θ..νη.

165) Bl. προθαιμομενοις. 166) Basilica: προανέλαβε.

167) Cod. nimirum in textu duxerit habet non duxerint.

168) Bl. αναϱ (vel φ) α.η. 169) An πειθαρχεῖν?

170) Bl. καϱη.. 171) Bl. — ποϱια.

172) Bl. notat: „Hinc apparet, aut nostrae constitutionis subscriptioni addendum esse anno secundo, aut illius detrahendum. Semper autem falsa erit subscriptio, quae in editis legitur." Nempe legem 12. C. 6., 22. anno 531, legem autem 37. C. 3., 28., ad quam illa respicit, nihilominus anno 532 editores (etiam Herrmannus) tribuunt. Caeterum e Blumii coniecturis ea, quam primo loco posuit, praeplacet.

in legatis hoc ita est, ut dictum est tit. 20. lib. II. Institutionum.) 246) 23., 8. contagionis. — τῆς ἅψεως [173]). 247) ibid. oppressos [174]). — κατεχόμενοι. 248) 23., 9. privilegio. — σημείωσαι ὅτι δέχεται τὸ τοιοῦτο [175]) προνόμιον ἡ διάταξις καὶ μαχόμενον νόμῳ. (Nota quod constitutio huiusmodi privilegium agnoscit, licet cum lege pugnet.) 249) 23., 12. — τοῦτο γὰρ πρὸς φάκτον ὁρᾷ [176]). (Hoc enim ad factum spectat.) 250) 23., 14. — σημείωσαι ὅτι ἐν CODICILLοις οὐδὲ ἵν[σ]τασις οὐδὲ EX[H]EREDATIων ἔῤῥωται, ὡς ἐν τῷ τελευταίῳ τί. τῆς β' τῶν INSTITUTων κεῖται καὶ ἐν τῇ ζ τοῦ λς' τί. (Nota quod in codicillis nec institutio nec exheredatio valet, ut tit. ultimo lib. II. Institutionum dictum est et const. 7. tit. 36.) 251) 23, 15. imperativis. — προστακτικοῖς. 252) ibid. inflexis [177]). — παρακλητικῇ.

LIB. VII.

253) 4., 9. (vulgo 10.) — ἐπὶ τῆς αἱρέσεως εὑρίσκονται [178]) ἐναντίαι ἡ η' των λαβοντος [179]) τί. ταύτης δὲ ὅμοια ἡ ε' τοῦ νγ' τί. τοῦ ς' βι. (De hac conditione sibi invicem contrariae sunt haec et const. 8. tit. 2. Nostrae autem similis est const. 5. tit. 53. lib. VI.) 254) 4., 11. prospiciat. — τουτέστιν ἵνα διὰ τῆς ψήφου εἰς ἐλευθερίαν ἀναρπάσῃ κατὰ τὴν διαίρεσιν τῆς ιε'. (Hoc est ut eum per sententiam in libertatem vindicet secundum distinctionem const. 15.) 255) 4., 13. — — σημείωσαι καὶ μέμνησο τῆς ς' [180]). (Notes et memineris const. 6.) 256) 4., 15. debitore. — ἐκπίπτει δὲ ὁ τοιοῦτος κληρονόμος καὶ τῶν PATRωνικῶν δικαίων ὡς ἐν τῷ ς' βι. τί. δ' διατ. δ'.

---

173) Bl. λωσεως.

174) Cod. oppressi.

175) Bl. τοτοι^το οντ^οι.

176) Bl. φακτορα.

177) Bl. Cod. inflexa.

178) Bl. γαρ (?) ομωνται.

179) Bl. coni. τοῦ προλαβόντος. Sed intelligitur tit. 2., qui proxime non praecedit, et plurales numeri „εὑρίσκονται ἐναντίαι" plures constitutiones hoc loco laudatas fuisse indicant. — Cf. Schol. i. Basil. ed. Heimb. IV. p. 749.

180) Cf. Schol. p. Basil. l. l. p. 751.

[illegible] ibid. [illegible] — [illegible]

259) 41. 2 — [illegible] (Cuque ad [illegible] qui [illegible], [illegible] qui [illegible]. 260) ibid. agitandi. — [illegible][463]). 261) 41. 3 — [illegible][464]). [illegible][465] [illegible] (Nota quod aliud est [illegible] et [illegible]. [illegible] qui per [illegible] quaedam [illegible], ut [illegible] dixit: [illegible] habet, ut [illegible].

262) [illegible] — [illegible]

263) [illegible] — [illegible] (Neque [illegible]

264) [illegible] — [illegible]

265) [illegible] — [illegible] ibid. — [illegible] ibid. [illegible] — [illegible] ibid. — [illegible]

[illegible]

[illegible]

exhibere apud scrinium epistolarum secundum praesentem const.) 270) 63., 4. quo. — ὅπως. 271) ibid. pleniore. — τελειοτέρῳ. 272) 63., 5. impertitus. — ἀδεδωκεν. 273) ibid. libramentum. — ὅρον.

274) 66., 1. reddere. — πληρῶσαι [187]). 275) 66., 3. subducto. — τελευτήσαντος. 276) 66., 6. — σημείωσαι ὅτι ἐὰν διάσκεψιν αἰτήσῃ ὁ κληρονόμος, μετὰ τὸν τῆς διασκέψεως χρόνον ἀριθμεῖται ἡ τετράμηνος. (Nota, si tempus ad deliberandum heres petierit, post tempus deliberationis spatium quatuor mensium computatur.)

277) 71., 1. — σημείωσαι ἐκ τῆς διατάξεως ὅτι καὶ μετὰ καταδίκην δύναταί τις ἐξίστασθαι. ἀνάγνωθι τὴν νεαρὰν λέγουσαν μηδένα [ἀ]ν[αγκάζ]εσθαι ἐξίστασθαι. (Nota ex hac constitutione, quod quis etiam post condemnationem bonis cedere potest. Lege Novellam (CXXXV) quae dicit neminem compelli ut bonis cedat.)

LIB. VIII.

278) 1., 1. — ταγαι μεατ [188]) ...... τερ ... ατοφτορεμν. 279) 1., 2. — ἀνάγνωθι βι. α' τῶν πρώτων τί. ιη' διγ. ιγ' [189]). (Lege lib. I. τῶν πρώτων tit. 18. dig. [3.]) 280) 1., 3. extraordinariis. — EXTRAORDINARIA γάρ εἰσι σήμερον πάντα δικαστήρια. (Hodie enim omnia iudicia extraordinaria sunt.) 281) ibid. — ..... ινα PITERD ..... ειτοι ελευταντα ..... τ .. της διαν ..

282) 2., 1. — ἀπὸ γὰρ τοῦ QUORUM BONORUM INTERDICTου [190]) διὰ τῆς νομῆς εντος μηα.ιται τῶν κληρονόμων νομεματων ... INTERDICTA νο .... τονται, ὡς [ἔγνως] INSTITUTIOνι δ' [191]). (Nam a quorum bonorum interdicto per possessionem .... ut didicisti Instit. lib. IV.) 283) 2., 2. — σημείωσαι ...... τουτων και TRENTAT ..... TION .... διαφορὰ τοῦ IM ..... CTO καὶ τ.. εἰρημέν.. .... μ.. καὶ

---

187) Sic Basil. ed. Heimb. I. p. 444. Bl. παθαηωσαι.
188) Vel ταγαπαρετατ.
189) Bl. notat: Corrige διγ. γ'.
190) Bl. INTERDICTŌ. 191) Bl. N.

ἀσωμα [192]) .... την φερει ..... [σ]ωματικῶς νομὴν [193]) ..ρι το μομονην ....α των δε νομη ου.. 284) 2., 3. — [ἡ] γὰρ νομὴ τῇ περὶ δεσποτείας ἀγωγῇ πρόκριμα οὐ φέρει, ὡς ἡ γ' τοῦ προλαβόντος τί. (Possessio enim actioni de dominio non praeiudicat, ut const. 3. praecedentis tituli.)

285) 4., 4. — τουτο νοηrαντος κατα ...... MEOCK. 286) 4., 5. incuriam. — ἀμελείας [194]). 287) 4., 6. conveniendos. — κινητέους. 288) ibid. iura. — κολαστήρια. 289) ibid. pervadant. — διαβαῖεν [195]). 290) ibid. atterat. — συντρίψῃ. 291) 4., 7. ante adventum. — πρὸ ἐμβάσεως [196]).

292) 13., 6. — σημείωσαι ὡραῖον νόμιμον. (Nota pulcrum ius.) 293) 13., 10. — ὥστε οὖν χρὴ [197]) πρότερον παρραγγέλλε[σθαι] τὸν DEBITORα μετὰ ἀγνωμοσύνην [198]) πρὶν [199]) β.. μειν τη .... νομης τρ [200]) ... ιε .... (Itaque prius debitori denuntiari debet, postquam in mora est, antequam ....) 294) 13., 17. — σημείωσαι ὡραῖον, ὅτι τὰ ἐκ τῶν ἐμῶν [201]) ἀγοραζόμενα χρημάτων [202]) οὐχ ὑπόκειταί μοι [203]) χωρὶς συμφώνου. μέμνησο τῆς ϛ' διατ. τοῦ η' τί. τοῦ η' [204]) βι. καὶ μὴ δόξῃ σοι ἐναντίον· ἐκεῖνο γὰρ ἐπὶ PUPILLων κεῖται τὸ νόμιμον. (Nota pulcrum, quod quae nummis meis emta sunt, absque pacto mihi non supposita sunt. Memineris const. 6. tit. 8. lib. [VII.] nec videatur tibi contraria: illa enim ad pupillos pertinet.) 295) 13., 19. — σημείωσαι ποίαν σπουδὴν ἀπαιτεῖται ὁ δανειστής. (Nota qualis diligentia a creditore exigatur.) 296) 13., 24. — σημείωσαι ὅτι οὐκ ἀναγκάζεται ὁ δανειστὴς τὴν PERSONALίαν ἀλλὰ μὴ τὴν ὑποθηκαρίαν κινεῖν. (Nota, non compelli creditorem, ut personalem, non hypothecariam actionem instituat.) 297) 13., 26. — ..... οκ .... ρηρτης διαφορει το μη αλαπειναι τὸ κλαπέν [205]). 298) 13., 27.. — ση-

---

192) Bl. ατωμα.
193) Bl. .ωματικαως νομημ.
194) Bl. ακειικας.
195) Bl. οσανοιη (vel ν).
196) Bl. ενβασεως.
197) Bl. ασῃ.
198) Bl. αγνοησου. ην.
199) Bl. ερει (vel η).
200) Vel. τα.
201) Bl. ὁ (vel ο) μισ (vel ω).
202) Bl. χρηναιτων.
203) Bl. ουκ υποκειν .. αν.
204) Lege: ζ'.
205) Bl. κλορεν.

μείωσαι ὡραίαν πρόληψιν. (Nota pulcram praesumtionem.) 299) ibid. non probantibus. — *σημείωσαι ..χχ. [ὅτι] οὐκ ἀπαιτοῦνται οἱ δανεισταὶ δεῖξ[αι] ὅτ[ι ἀπὸ τ]ῶν χρημάτων [τῶν] πραγματευτῶν* [206]) *τὸ στράτευμα ἠγοράσθη, ἀλλ' ἐὰν μὴ δείξωσιν ἐκεῖνοι, ὅτι ἀπὸ ὑποστάσεως ἄλλου κατεβλήθη τὰ τοῦ στρατεύματος χρήματα, προλήψει* [207]) *ἀπὸ τῶν τοῦ δανειστοῦ χρημάτων νοεῖται ἀγορασθῆναι.* (Nota non exigi a creditoribus, ut probent militiam pecunia negotiatorum emtam esse, sed si illi non probaverint ex substantia aliena pecuniam pro militia numeratam esse, praesumtive creditoris pecunia emta esse intelligitur.)

300) 16., 4. — *σημείωσαι ὅτι καὶ γραμματεῖον καλῶς ὑποτίθεται καὶ βλέπε τὴν τῆς διατάξεως παρατήρησιν.* (Nota etiam nomen recte obpignerari et animadverte constitutionis observantiam.) 301) 16., 7. — *σημείωσαι ὅτι οὐδὲν ἀνῆκον* [208]) *εἰς τὴν τῆς γεωργίας σύστασιν ὑποτίθεται. ἀνάγνωθι τὴν ἑξῆς.* (Nota quod nihil, quod ad agriculturae constitutionem pertineat, pignori dari potest. Lege const. sequentem.) 302) ibid. vici. — *κώμης* [209]). 303) 16., 9. minus. — *τουτέστιν οὐδὲν ἧττον κρατεῖν* [210]) *ὡσανεὶ* [211]) *ἰδικῶς ὑπετέθησαν* [212]). (Hoc est nihilo minus valere quam si specialiter supposita essent)

304) 17., 1. — *σημείωσαι ὅπως δεῖ σφραγίζειν καὶ κατατίθεσθαι τὰ κεχρεωστημένα τῷ μὴ θέλοντι δέξασθαι τὴν προσφορὰν* CREDITORI. (Nota quemadmodum obsignare quae debentur oporteat et deponere, si oblata creditor accipere noluerit.) 305) 17., 3. — *σημείωσαι ὅτι ἔχων ὑποθήκην προτιμᾶται τοῦ ἔχοντος μόνην* PERSONAL*ίαν.* (Nota quod qui hypothecam habet ei praefertur, qui personalem tantum actionem habet.) 306) 17., 5. — *ὁ μέντοιγε δεύτερος τῷ πρώτῳ καὶ ἄκοντι προσφέρει.* (Secundus autem primo etiam invito offert.) 307) 17., 6. — *σημείωσαι καὶ μέμνησο τῆς β' τοῦ ιδ' τί.* (Notes et memineris const. 2. tit. 14.) 308) 17., 7. prio-

---

206) Bl. *πραγαιστεριων.*
207) Bl. addit.: *σα.*
208) Bl. *αμη . ηκον.*
209) Bl. *κομης.*
210) Bl. *κρατουν.*
211) Bl *ωειvα.*
212) Bl. *επετεθησαν.*

res. — σημείωσαι ὡραῖον καὶ μέμνησο τῆς β'. (Nota pulcrum et memineris const. 2.) 309) ibid. pecunia. — σημείωσαι ὅτι ἰδικοῦ συμφώνου χρείαν ἔχει, ἵνα ὑποτεθῇ αὐτῷ τὸ ἀπὸ τῶν χρημάτων τῶν ἐκδανεισθέντων παρ' αὐτοῦ ἀγοραζόμενον, ὡς εἶπεν καὶ ἡ ζ' [213]) τοῦ ιγ' τί. ἀνάγνωθι τὴν περὶ ἀργυροπρατῶν νεαράν. (Nota quod speciali pacto indiget, ut ei suppositum sit quod pecunia ab ipso mutuo data emtum est, ut dixit etiam const. [17.] tit. 13. Lege Novellam (CXXXVI) de argentariis.) 310) 17., 8. Diversis. — εἰ γὰρ ἐν ἑνὶ καὶ τῷ αὐτῷ καιρῷ ἡ ὑποθήκη ἐγένετο, τί γίνεται ἔγνως βι. κ' τί. ια' διγ. ις'. (Nam si uno eodemque tempore hypotheca constituta sit, quid tunc fiat didicisti lib. XX. tit. 11. dig. 16.) 311) 17., 9. privilegiis. — σημείωσαι ὅτι PRIVILEGIARIους τοὺς ἔχοντας μόνην PERSONALίαν φησίν. (Nota quod privilegiarios vocat qui solam personalem actionem habent.) 312) 17., 10. — ἐὰν γὰρ ὁ πρῶτος CREDITOR κληρονόμος ἦν τοῦ DEBITORος, ὡς κληρονόμος ἐνάγεται ἐκ τῶν ἀνυποθηκαρίων. (Nam si prior creditor debitori heres extitit, tamquam heres a chirographariis convenitur) 313) 17., 11. — σημείωσαι ὅτι κἂν μαρτύρια ἔχουσι τὰ [ἰ]διόχειρα τὸ αὐτό ἐστιν. ἀνάγνωθι τὸ τέλος τῆς διατάξεως. (Nota quod idem obtinet, etiamsi idiochira testimoniis firmata sint. Lege finem constitutionis.) 314) ibid. tabularios. — σημείωσαι περὶ τῶν TABULARίων. (Nota hoc de tabulariis.)

315) 31., 2. rem sequatur. — σημείωσαι ὅτι ἡ IN REM τὸ πρόσωπον οὐκ ἐνοχοποιεῖ[214]) ἀλλὰ τὸ πρᾶγμα. (Nota quod in rem actio non personam obligat sed rem.) 316) ibid. cedant. — ἐὰν ἐστὶ δηλονότι ἱκανὸν πρὸς τὸ χρέος, ἐπε[ὶ] κἂν ἐξεχωρήθη[215]) τὸ ἐνέχυρον ὁ δανειστής, οὐδὲν ἧττον εἰς τὸ λοιπὸν ἐνάγεται ὁ DEBITOR, ὡς ἐν τί. ιγ' διατ. α'. (Si nimirum idoneum est debito exsolvendo: alioquin licet pignus creditori cessum sit, nihilominus debitor in id quod reliquum est convenitur, ut tit. 13. const. 1.)

317) 32., 1. — σημείωσαι ὅτι ἡ διάταξις αὕτη τὸν κεχρημένον τῇ ἀναργυρίᾳ ἐβάρησεν ταῖς ἀποδείξεσιν. καίτοιγε ἐν τῷ

---

213) Lege ιζ'. 214) Bl. ενοχοπλει.
215) Bl. εκαωρηθη.

δ' βι. τί. λ' διατ. ι' τὸν ἀρνούμενον[216]) τὴν ἀπαρίθμησιν γενέσθαι οὐκ ἐβάρησεν. (Nota quod haec constitutio eum, qui exceptione non numeratae pecuniae utitur, probationibus oneravit. Atqui lib. IV. tit. 30. const. 10. eum, qui numerationem negat, non oneravit.)

318) 33., 1. solennia. — τί δὲ ἐστὶ τὰ εἰωθότα μανθάνεις ἐν τῇ γ' διατ. (Quae autem sint solennia discis in const. 3.) 319) 33., 2. — σημείωσαι ὡραίαν πρόληψιν. ἀνάγνωθι βι. α' τῶν πρώτων τί. ιδ' διγ. νδ'. (Nota pulcram praesumtionem. Lege lib. I. τῶν πρώτων tit. 14. dig. 54.) 320) 33., 3. nullatenus. — οὐδαμῶς. 321) ibid. immo magis. — μᾶλλον δέ. 322) ibid. §. 1. — σημείωσαι τὴν διαίρεσιν. (Nota distinctionem.)

323) 39., 1. iuvare. — κινεῖ δὲ NEGOTIORUM GESTORUM ἢ PRO SOCIO. κοινωνοὶ γὰρ[217]) δύο REοι PROMITTENDOυ[218]). (Agit vero negotiorum gestorum vel pro socio. Nam duo rei promittendi socii sunt.) 324) ibid. non cunctabitur. — οὐχ[219]) ὑπερτίθεται. 325) 39., 2. — ἀνάγνωθι τὴν περὶ ἀλληλεγγύων νεαράν. (Lege Novellam (XCIX.) de reis promittendi.). 326) 39., 3. — σημείωσαι ὅτι τοῦ ἑνὸς ἐξ αὐτῶν ἀριθμηθέντος ὁ ἄλλος οὐ δύναται αἰτεῖν[220]) ἀναργυρίαν. (Nota: si alteri eorum solutum sit, alter querelam non numeratae pecuniae instituere non potest.)

327) 42., 1. — μέμνησο τῆς να' διατ. τοῦ λβ' τί. τοῦ δ' βι. (Memineris const. 51. tit. 32. lib. IV.) 328) 42., 2. — τοῦτο διὰ τὴν CONFUSIONα. (Hoc propter confusionem.) 329) 42., 4. reparari. — ἀνεπιμνῆσαι. 330) 42., 5. — οὐδὲ γὰρ ὡς ἀγοράζων τὸ γραμματεῖον κατέβαλεν, ἐπεὶ καὶ ἐξεχωρεῖτο καὶ λοιπὸν ἡ διαίρεσις ἐκράτει ἡ ἐν τῇ κβ' διατ. τοῦ λε' τι. τοῦ δ' βι. (Non enim solvit tamquam qui emeret nomen: alioquin actio ei cessa esset et iam distinctio obtineret quae proposita est in const. 22. tit. 35. lib. IV.) 331) 42., 8. — σημείωσαι ὡραίαν ἀντιδιαστολὴν ἐκ τῆς διατάξεως ταύτης[221]) ὅτι

---

216) Bl. ως αρνουμεν. 217) Bl. κοινωνεια.
218) Bl. REM PRA .. TTA (vel E)ND.
219) Bl. ουκ. 220) Bl. τιθειν.
221) Bl. ᾱ:

τὸ ὁμολογηθὲν ἐν ὡρισμένῳ τόπῳ καταβληθῆναι[222]) ἐξ εὐλόγου αἰτίας[223]) καὶ ἀλλαχοῦ καταβάλλεται. (Nota pulcrum argumentum a contrario ex hac constitutione, quod id, quod certo loco solutum iri promissum est, ex probabili causa etiam alibi solvitur.) 332) 42., 9. — σημείωσαι τὸν προ[σ]διορισμὸν τοῦ SI EO LOCO. (Observa additionem: si eo loco.) 333) 42., 13. — σημείωσαι τὸ FALSO. (Nota illud: falso.) 334) 42., 16. — σημείωσαι καὶ μέμνησο τῆς α' τοῦ μα' τί. (Notes et memineris const. 1. tit. 41.)

335) 44., 29. — σημείωσαι ὅτι καὶ ἐπὶ PERMUTATIONος χώρα τῇ περὶ ἐκνικήσεως DUPLᾳ. (Nota quod etiam in permutatione duplae stipulatio propter evictionem locum habet.) 336) 44., 30. — σημείωσαι ποίαν ἀναιρεῖ πρόληψιν. (Nota qualem praesumtionem tollat.) 337) 44., 31. — μέμνησο τῆς ια'. (Memineris const. 11.)

338) 46., 1. σημείωσαι ὅτι προλήψε[ι] αὐτεξούσιος δοκεῖ εἶναι ὁ τὰ αὐτεξουσίων ὑπὸ τοῦ πατρὸς συγχωρούμενος πράττειν. (Nota quod praesumitur sui iuris esse is, cui pater permittit ea facere quae hominum sui iuris sunt.) 339) 46., 3. arctiore. — τενατηα[224]).

340) 47., 3. — σημείωσαι ὅτι επιταφ μὴ ἔχοντες παῖδας .... κον .... β' αι ..... αν .... OPRIOR. (Nota quod ....) 341) 47., 10. aggregaverimus. — ἀφωρίσαμεν[225]).

342) 53, 25. cognominata. — ονομαμασθη. 343) ibid. adnectendis. — συναπτέαις[226]). 344) 53., 27. confingi. προδατεύειν[227]). 345) ibid. — σημείωσαι ὅτι καλῶς τὰ ἀλλαχοῦ διακείμενα ὑπὸ δωρουμένου[228]) ἐν ἄλλῳ τόπῳ πράττονται. (Nota quod res alibi sitae a donatore recte alio loco insinuantur.) 346) 53., 29. — σημείωσαι ὡραίαν πρόληψιν. (Nota pulcram praesumtionem.) 347) 53., 34. §. 1. — ἀνάγνωθι βι. ε' τί. [γ'] διάτ. [ιζ']. (Lege lib. V. tit. 3. const. 17.) 348) ibid. §. 4. magnam. — μεγάλην. 349) ibid. densioribus. — πυκνοτέραις[229]).

---

222) Bl. κατανα . θηναι.
223) Bl. λι . ας.
224) An στενωτέρᾳ.
225) Bl. αφωρησαμεν.
226) Bl. συναωστεαις.
227) Bl. προλατευειν.
228) Bl. δωρουμενα.
229) Bl. πραγεισ...

LIB. XI.

358) 62., 7. reipublicae. — *δημοσίου.* 359) 62., 10. — *σημείωσαι καὶ μὴ νομίσῃς ταύτην ἐναντίαν τῇ πρὸ αὐτῆς· ἐκείνη γὰρ ἐπὶ ἀγορασίας κεῖται, αὕτη δὲ ἐπὶ δωρεᾶς.* (Nota nec credas hanc constitutionem contrariam esse praecedenti: illa enim de venditione, haec de donatione statuit.) 360) 62., 13. — *σημείωσαι καὶ μέμνησο τῆς ζ'.* (Notes et memineris const. 7.) 361) 62., 14. pro certo. — *ωστολογοηατενι*[230]).

---

230) Vel *ωστελ.*

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft,

herausgegeben

von

F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn

und

A. A. F. Rudorff.

Band XV. Heft 2.

Berlin,
Verlag der Nicolaischen Buchhandlung.
1849.

V.

Ueber den Fructus sine usu und L. 13. §. 3. De acceptilatione.

Von

Herrn Prof. D. Keller

in Berlin.

In mehrern Stellen findet sich aufs unzweideutigste ausgesprochen, daß ein Fructus sine usu als Servitut nicht bestellt werden könne [1]), während die Servitut des *Usus sine fructu* bekanntlich ohne Bedenken zugelassen wurde. Jener Satz ist auch ganz begreiflich. Denn wenn gleich an und für sich ein Zustand gar wohl gedacht werden kann, wonach A sein Eigenthum inne hätte, gebrauchte, bewirthschaftete, dabei aber den Netto-Ertrag an B ablieferte, und zwar kraft eines diesem zustehen-

1) Paull. 3, 6, 24. Fructu legato, si usus non adscribatur, magis placuit usumfructum uideri adscriptum; fructus enim sine usu esse non potest. L. 14. §. 1. De usu et hab. (Ulpian. lib. 17. ad Sab.) Ususfructus an fructus legetur, nihil interest; nam fructui et usus inest, usui fructus deest. Et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest. Denique si tibi fructus deducto usu legatus sit, inutile esse legatum Pomponius lib. 5. ad Sabinum scribit, rel.

den Rechtes: so würde dieß doch den B in keine directe Berührung mit der Sache selbst bringen, und es könnte daher kein Bedürfniß obwalten, ein solches Recht als Servitut zu errichten, vielmehr würden hiefür persönliche Rechtsverhältnisse, Obligationen, vollkommen ausreichen.

Je natürlicher die Regel, desto auffallender die Ausnahmen, wenn solche wirklich Statt finden sollten.

Von dieser Seite pflegen folgende Fälle und Stellen in Erwägung gezogen zu werden.

Wie vorerst, wenn dem Einen der Usus, dem Andern der Fructus legirt wird? Darüber haben wir drei Aeußerungen verschiedener Juristen [2]), welche dahin übereinstimmen, daß Beide in dem Usus concurriren, der letztere aber den über den Usus hinaus gehenden Fructus allein bekomme. Es wird also Fructus wesentlich als Ususfructus verstanden, und der *vorliegende Fall* dadurch unserer Regel accommodirt, weit entfernt, eine Ausnahme von derselben zu veranlassen.

---

2) Paull. 3, 6, 25. Si alteri usus alteri fructus legatus sit, fructuarius in usum concurrit, quod in fructu usuarius facere non potest. — L. 14. §. 2. De usu et hab. (Ulpian. l. l.) ... si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habiturum. L. 42. pr. De usufructu. (Florentinus lib. 11. Institutionum.) Si alii usus, alii fructus eiusdem rei legetur, id percipiet fructuarius, quod usuario supererit, nec minus et ipse fruendi caussa et usum habebit. Vgl. v. Vangerow Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen §. 348. S. 682. — Dasselbe Verhältniß findet Statt, wenn dem Einen einfach die Sache, dem Andern der Ususfructus an derselben legirt wird. L. 19. De usu et usufr. leg.

Eher sieht es dann aber einer Ausnahme ähnlich, wenn Ulpian in L. 14. §. 3. De usu et habit., und zwar nachdem er kurz zuvor (s. Note 1.) die Regel selbst aufstellte, sich so äußert:

> Poterit autem apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas: ueluti si, qui habet fundum, legauerit Titio usum, mox heres eius tibi fructum legauerit uel alio modo constituerit.

Doch scheinen die Neuern mit Recht auch hier eine wirkliche Ausnahme von unserer Regel zu läugnen [3]). Der Legatar oder Cessionar des Erben bekommt in der That den wahren Ususfructus, aber beschränkt durch den ältern und vorgehenden Usus des Titius, welcher nur wegzufallen braucht, um jenen Ususfructus in seiner Fülle aufleben zu lassen. Wenn also Ulpian diesen Ususfructus inzwischen einen bloßen Fructus sine usu nennt, so liegt in diesem Ausdruck dieselbe Ungenauigkeit, wie wenn anderwärts dem nachgehenden Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem bloßen Ueberschuß zugeschrieben wird, und man darf deßwegen nicht glauben, daß in irgend einer realen Beziehung das normale Verhältniß, hier eines Pfandrechtes an der ganzen Sache [4]), dort eines wahren Ususfructus aufgegeben worden wäre.

Wie aber diese Stelle auf der einen Seite selbst keine

---

3) E. S. Loebell de usu et fructu. Marburgi 1834. 4. p. 15. v. Vangerow a. a. O. Puchta Institutionen §. 255. p. 802 f.

4) Vgl. z. B. L. 15. §. 2. De pign.

Ausnahme von der fraglichen Regel enthält, so genügt sie auf der andern auch vollkommen, um eine anderweitige Aeußerung (in L. 5. §. 2. Usufr. quemadm. cau., aus Ulpiani lib. 79. ad Edictum; Ergo et si fructus sine usu obtigerit, stipulatio locum habebit) aufzuklären, welche sonst die Möglichkeit eines fructus sine usu vorauszusetzen schiene. Dürfte man übrigens, wie es nach dem vor- und nachgehenden Inhalt dieses L. 5. fast den Anschein hat [5]), diese Stipulatio für die volle cautio usufructuaria (usurum se boni uiri arbitratu, et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit, dolum malum abesse abfuturumque esse [6]), also non adempta usus caussa, nehmen, so würde gerade diese Stelle die allerstärkste Anwendung und Bestätigung unserer Regel enthalten.

Ungleich mehr Schwierigkeit hat von jeher die in der Ueberschrift erwähnte L. 13. §. 3. De acceptilatione gemacht, und diese Stelle ist von den Glossatoren an bis auf unsere Tage stets ein Gegenstand der Controverse für Kritik und Interpretation gewesen. Sie lautet nach Maaßgabe der Handschriften so:

---

5) §. 1. ibid. Sed si usus sine fructu legatus erit, adempta fructus caussa, satisdari iubet Praetor. Hoc merito: ut de solo usu, non etiam de usufructu caueatur. §. 3. Et si habitatio uel operae hominis uel cuius alterius animalis relictae fuerint, stipulatio locum habebit; licet per omnia haec usumfructum non imitantur.

6) L. 1. pr. L. 5. pr. eod.

Ulpianus lib. 50. ad Sabinum. — Si quis usumfructum stipulatus usum accepto tulerit; si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito: liberatio non continget. Si uero quasi ex usufructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum est, acceptilationem ualere.

In der Glosse und bei den meisten ältern Auslegern dreht sich die Interpretation wesentlich und in mannigfaltigen Combinationen um die Unterscheidung des usus als commoditas und als seruitus oder um den usus caussalis und formalis, und bietet in dieser Gestalt heutzutage wenig Belehrung dar [7]).

Cuiacius emendirt cum possit fructus sine usu constitui, statuirt ohne Weiteres die Möglichkeit des fructus sine usu, und kümmert sich um die entgegen stehenden Stellen gar nicht [8]).

---

7) Man sehe die zahlreichen bei Hommel und Schulting-Smallenburg angeführten Ausleger, namentlich neben der Glosse Galuanus de Usufructu, Ed. 1788. p. 238. Maiansii Disputt. I. p. 17. Marcilius (bei Jan. a Costa) zu §. 1. De usu et habit.

8) Obs. 13, 12. „Est ὑπέρθεσις, ὑπερβιβασμὸς siue traductio uerborum. Debuit scribere et uero scripsit aut uoluit: cum possit fructus sine usu constitui; nec enim huiusmodi acceptilatione constituitur, sed tollitur usus, et fructus constituitur sine usu", rel. Diese Emendation legt Jac. Constantinaeus (Subtilium Enodationum 2, 17., in Otton. Thes. T. IV. p. 584 ff.) seiner Erörterung über unsere Stelle so zum Grunde, als ob von gar keiner andern Leseart die Rede wäre. Vgl. auch Gerh. Schroder Obss. Iur. ciu. Harderouici 1755. 4. Lib. III. Cap. 13. p. 276 f., welcher sich gegen diese Emendation und für Marcilius a. a. O. erklärt, „ut scilicet hoc uelit Iurisconsultus, per acceptilationem posse remitti usum

Auch v. Löhr [9]) hält es für unwidersprechlich, daß der Text verdorben sein müsse, und „enthält sich daher (in Ermangelung einer passenden Conjectur) aller Erklärungsversuche“.

In neuerer Zeit hat Puchta [10]) den Knoten unserer Stelle (in Verbindung mit d. L. 14. §. 3. De usu et habit.) durch Aufstellung des Satzes zu lösen versucht, daß Fructus ohne Usus zwar nicht direct bestellt werden, aber wohl indirect entstehen könne. Letzteres soll gerade in den Fällen dieser beiden Stellen statuirt werden, und zur Erläuterung unserer L. 13. wird insbesondere gegenüber der Conjectur von Cuiacius noch beigefügt, daß durch die Acceptilation des Usus auf der Seite des Promittenten (also des Eigenthümers) ein bloßer Usus entstehe, folglich der angegebene Grund (cum possit usus sine fructu constitui) *ganz* richtig sei, sobald man dabei nur auf den Erwerber des Usus, und nicht auf den bisherigen Usufructuarius sehe.

Später kam indeß Puchta selbst von dieser Erklärung zurück, und schritt zu einer neuen Emendation als dem einzigen Mittel, „einen einwandfreien Sinn“ zu er-

---

ex usufructu, quia usus satis potest constitui sine fructu; quid enim uetat remittere aliquid, quod dari mihi et concedi potest? Et sic tamen habemus, quod uult Cuiacius et quod loco indicato docuit, fructum aliquando posse esse penes eum, qui tamen usum non habet.“

9) Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. 3. S. 503 f.

10) Civilistische Abhandlungen N. III. §. 9. S. 122 f.

langen, indem er nämlich, wie Cuiacius, eine Versetzung, freilich eine ganz andere, vornahm, und die Worte cum possit usus sine fructu constitui hinter debito hinaufrückte [11]).

Mehr Beachtung scheint die Erklärung Löbell's a. a. O. zu verdienen. Sie besteht in einer einfachen Combination des Satzes, daß fructus sine usu nicht möglich, mit dem Resultate Ulpian's, daß die fragliche Acceptilation gültig sei. Aus dem letztern folgt, daß die Verpflichtung den Usus zu gewähren getilgt ist, aus dem erstern, daß die jetzt an und für sich noch übrig bleibende Verpflichtung, den fructus sine usu zu gewähren, ein unmögliches Object hat; aus beiden zusammen also, daß durch die wörtlich bloß auf den usus ex usufructu gerichtete Acceptilation der fructus folgeweise mit ergriffen, und somit gleichsam iuris necessitate die ganze ursprüngliche Obligation, den usus et fructus zu gewähren, in ihren beiden Elementen völlig aufgehoben ist.

Was an dieser Erklärung wesentlich Gutes ist und sie vor allen andern auszeichnet, wird sich nachher von selbst ergeben; inzwischen hat v. Vangerow wohl mit Recht erinnert, daß Ulpian den von Löbell statuir-

11) Institutionen §. 255. not. r., in beiden Ausgaben. Die Stelle lautet hiernach so: Si quis usumfructum stipulatus usum accepto tulerit, si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito, cum possit usus sine fructu constitui: liberatio non continget. Si uero quasi ex usufructu, dicendum est, acceptilationem ualere. Vgl. im Allgemeinen auch Puchta's Vorlesungen über das heutige R. R. §. 181. Bd. 1. S. 348 f.

um Erfolg seiner Aufrechthaltung der fraglichen Acceptilation schwerlich auf sich genommen haben würde [12]).

v. Vangerow selbst endlich erklärt sich vorerst die Begründung cum possit usus sine fructu constitui aus dem Satze: Velut solvisse videtur qui acceptilatione solutus est in L. 16. pr. eod., beschränkt die Wirkung der Acceptilation auf den usus (ex usufructu), läßt die Obligation auf Bestellung des bloßen Fructus bestehen, und giebt am Ende zu, es könne auf diese Weise indirect dahin kommen, daß — ein fructus sine usu bestellt werde [13]).

Bei allen diesen Erklärungen nun scheinen zwei Dinge das rechte Verständniß gehindert zu haben: erstens, daß man die auf ususfructus, usus u. dgl. gerichtete Obligation mit der Servitut selbst oder deren wirklicher Bestellung theils geradezu verwechselte, theils diesen Unterschied wenigstens nicht allenthalben gehörig festhielt; und zweitens, daß man einen Punkt gänzlich vernachlässigte, welchen die Römer bei solchen Erörterungen stets klar vor Augen hatten, nämlich das actionenrechtliche Verhältniß.

Betrachten wir den Fall unserer Stelle gerade von dieser letztern Seite.

---

12) a. a. O. S. 683. Er bezieht sich dabei theils auf die Worte unsers §. 3., theils auf den Inhalt des vorhergehenden §. 1.

13) a. a. O. — Als muthmaßlicher Gedanke Ulpian's wird angegeben: „wenn jemandem der bloße usus constituirt ist, so kann auch noch der fructus hinzu bestellt werden; da nun im Falle einer Acceptilation es juristisch so angesehen wird, als ob der usus dem Stipulator constituirt wäre, so ist in einem solchen Falle auch die Bestellung eines Fructus an denselben möglich."

Wir können dabei ganz absehen von der ersten Voraussetzung Ulpian's, wonach die Acceptilation des Usus bloß deßwegen Statt fand, weil man den Usus irrig anstatt des Ususfructus für den Gegenstand der Obligation hielt; denn daß es eben dieser Irrthum ist, welcher Ulpian bestimmt, die Acceptilation für ungültig zu erklären, darüber scheinen mit Recht Alle einig zu seyn. Zu erörtern bleibt also bloß der zweite Fall, wo die Acceptilation wissentlich auf den Usus ex usufructu, d. h. auf den Usus als Bestandtheil des Ususfructus, gerichtet worden ist.

Wenn A aus einer Stipulation den Ususfructus an einer bestimmten Sache von dem N zu fordern hat, und er diese Forderung so, wie sie ist, einklagen will, wie wird seine Klage lauten?

Setzen wir, so:

Si paret, Numerium Negidium Aulo Agerio usumfructum fundi Corneliani, Q.D.A., dare oportere, quanti ea res est, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret, absolue.

Gesetzt nun, A stellt diese seine Klage nicht an, sondern acceptoferirt vielmehr den Usus als Bestandtheil seiner Forderung, und will dann den Rest einklagen. Wie wird jetzt seine Klage lauten, wenn wir die Acceptilation als gültig denken?

Faßt er die Klage unverändert so, wie vorhin angegeben, so begeht er eine pluspetitio, und wird abgewiesen. Modificirt er sie aber gemäß der Acceptilation, und nennt in der intentio den ususfructus detracto

usu oder den bloßen fructus im wörtlichen Sinn, so fordert er ein juristisches Non ens, ähnlich dem Hippocentaurus auf der physischen Seite, und er wird deßwegen wieder abgewiesen werden. Es bleibt ihm also, sobald wir die Acceptilation des Usus als gültig voraussetzen, für den Rest keine Klage übrig, und so hat jene Acceptilation, wenn gleich nur auf einen Theil der ursprünglichen Forderung gerichtet, doch die unausweichliche Folge, daß diese dadurch in ihrer Totalität wirkungslos und aufgehoben wird. Bis hierher also genau das Resultat Löbell's, welches so weit unumstößlich ist.

Eine ganz andere Frage ist es nun aber, ob Ulpian diesen Erfolg wirklich gewollt und in Voraussicht desselben die Gültigkeit der Acceptilation statuirt hat. Es ist schon bemerkt, daß der Wortlaut der Stelle dieser Annahme nicht günstig ist, insbesondere weisen die Worte cum possit usus sine fructu constitui unzweideutig auf eine bloß partielle Zerstörung der Obligation hin, und von Seite der innern Gründe, sollte man nicht in der Alternative, die Acceptilation für ungültig zu erklären, oder aber ihr eine ganz andere und viel weiter gehende Wirkung, als die Contrahenten selbst wollten, zuzuschreiben und so gleichsam die Form mit dem Contractwillen davon laufen zu lassen, — viel lieber das erstere wählen?

Mit unsern bisherigen Prämissen wären wir also dahin gelangt, daß Ulpian die vorliegende Acceptilation für ungültig erklären mußte. Nun erklärt er sie aber für gültig. Wir werden also an unsern Prämissen etwas ändern müssen. Was kann dieß sein?

Bisher wurde als actio de usufructu die actio de certa re vorausgesetzt. Supponiren wir einmal die actio ex stipulatu incerta. Mit dieser hätte A seine ursprüngliche volle Forderung des Ususfructus so verfolgen können:

> *Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio usumfructum fundi Corneliani stipulatus est, Q. D. R. A., quicquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet, eius Numerium Negidium Aulo Agerio condemna*[14]).

A verfolgt aber den vollen ususfructus nicht, sondern acceptoferirt erst den Usus, und will dann den Rest einklagen. Wie gestaltet sich jetzt seine Klage? Ganz unverändert wie so eben angegeben. Es gehört lediglich zum officium iudicis, den getilgten Theil der Forderung, wo möglich, in Abrechnung zu bringen [15]). Wie wird er aber diese Rechnung bewerkstelligen? Durch folgendes einfache Subtractions-Exempel:

Minuendus: der volle Ususfructus, in Geld abgeschätzt, z. B. . . . . 100.

---

14) Vgl. Gai. 4, 136. 47. u. s. w. — v. Savigny System Bd. 5. S. 617. Note a.

15) Es unterliegt gewiß nicht dem mindesten Zweifel, daß, wenn z. B. jemand für 100. gekauft, und von diesem Kaufpreis 50. bezahlt hat, die Actio uenditi auf den Kaufrest ganz ebenso lautet, wie wenn noch nichts bezahlt wäre, und daß es einfach Sache des iudex ist, von der ursprünglichen Schuld, wie er sie erkennt, den getilgten Theil bei der Condemnation in Abrechnung zu bringen.

100.

Subtrahendus: der acceptoferirte Usus ebenfalls in Geld abgeschätzt: denn auch der Usus ist ein mögliches und also auch in Geld anzuschlagendes Vermögensrecht (usus sine fructu constitui potest); also Subtrahendus, z. B. . . 40.

verbleibt als Rest 60.,

und in diese 60. wird N condemnirt.

Den Betrag von 60 Sesterzen zu bezahlen, ist eine vollkommen mögliche Verpflichtung, nur auf Geld kann und soll die Condemnation sich richten. Geld also ist das Quicquid Negidium Agerio dare facere oportet, auf welches condemnirt werden soll, und jene Geldsumme von 60. haben wir gefunden, ohne irgend eine unmögliche Größe in unsere Rechnung aufzunehmen, namentlich ohne den Fructus (das wäre eine solche unmögliche Größe) als ein mögliches Recht zu behandeln und (was ein solches voraussetzt) etwa zu einer Abschätzung zu bringen. Genug, daß man den ususfructus schätzen kann (das versteht sich von selbst), und auch den usus (das lohnt sich noch der Mühe auszusprechen, wie Ulpian es thut). Die Differenz zwischen den beiden Geldsummen, der Rest, ergiebt sich dann von selbst, ohne daß wir an den Fructus oder gar dessen Errichtung und Bestand als Servitut auch nur zu denken brauchen.

So wären wir also von der Condictio incerti ausgehend zu einem Resultate gelangt, in welchem sich die geschehene Acceptilation, und zwar ganz im Sinne der Contrahenten und ohne irgend welche Ueberschreitung

ihres Willens, realisirt findet [16]). Und da wir gewiß Ulpian zutrauen dürfen, daß ihm bei der Frage nach der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Acceptilation der beschriebene actionenrechtliche Erfolg nach beiden Seiten hin klar vorschwebte, so können wir auch annehmen, daß sich bei ihm jene Frage geradezu mit dem Gegensatz zwischen Condictio certi und incerti identificirte, und daß er, je nachdem er diese oder jene voraussetzte, die Gültigkeit oder die Ungültigkeit der Acceptilation statuiren mußte.

Er statuirt die Gültigkeit: er wird also condictio incerti vorausgesetzt haben. Wie stimmt dieß aber mit dem, was wir etwa sonst über die Actio de usufructu aus den Quellen erfahren?

Vollkommen. Man sehe L. 75. §. 3. De V. O.

> Ulpianus lib. 22. ad Edictum. — Fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse; hoc enim magis iure utimur.

Das ökonomische Wesen eines ususfructus, d. h. sein Geldwerth, war in Folge der ungewissen Lebensdauer selbst ungewisser als dasjenige eines fundus oder

16) Daß A Geld und nicht eine Servitut bekommt, kann dagegen nicht in Anschlag kommen, denn das ist ja die gemeinsame Natur gar aller Condemnationen, daß sie nur auf Geld gerichtet werden. Will er eine wirkliche Servitut bestellt erhalten, so muß er mit seinem Gegner ein gütliches Abkommen treffen, z. B. sich den vollen Ususfructus gegen Vergütung des acceptoferirten Usus bestellen lassen; wie dergleichen Operationen in L. 76. pr. De legatis 2do und sonst vorkommen.

einer Prädial-Servitut[17]), und so dürfen wir uns nicht wundern, daß die darauf gerichtete Stipulation als incerta behandelt und mit der Condictio incerti ausgestattet wurde. Nur glaube man darum nicht, daß die obige erste Supposition der Actio certa aller Realität entbehre. Schon die Schlußworte des eben angeführten §. 3. zeigen deutlich, daß die Frage zwischen der Actio certa und incerta Gegenstand von Zweifel und Erörterung war; in einer andern Stelle[18]) wird die actio certa (condictio triticaria) geradezu für die Forderung des Ususfructus zugelassen, und wir finden in der Art, wie die alternative Obligation in dieser Hinsicht behandelt wird[19]), noch ein anderes Beispiel, wie man sich gerade in der spätern classischen Zeit dem prak-

---

17) v. Savigny System Bd. 5. S. 618. Note c. Vgl. auch pr. h. L. 75.

18) L. 1. De cond. tritic. — Ulpianus *lib.* 27. *ad Edictum.* — Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur Si certum petetur; qui autem alias res, per triticariam condictionem petet .... Quare fundum quoque per hanc actionem petimus ..., siue ius stipulatus quis sit, ueluti usumfructum uel seruitutem utrorumque praediorum. — Die Controverse betreffend den weitern oder engern Begriff der Condictio triticaria berührt uns hier nicht näher. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 626 f. Puchta Institutionen §. 165. Note ee, ff.

19) Gai. 4, 53. ... Caussa plus petitur uelut si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis iure; uelut si quis ita stipulatus sit: Sestertium X milia aut hominem Stichum dare spondes? deinde alterutrum ex his petat, ... Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet. Damit vergleiche man §. 8. d. L. 75. Qui illud aut illud stipulatur, ueluti Decem uel hominem Stichum, utrum certum an in-

tischen Bedürfniß zu Liebe (dieses wurde in unserer L. 13. §. 3. concret anschaulich) allmälig herbeiließ, bei gewissen Formal-Obligationen mit größerer Facilität die Actio incerta anstatt oder neben der certa, welche früher einzig Statt gefunden hatte, zuzulassen [20]).

Demnach würde in der eben angeführten L. 75. §. 3. für den Fall unserer L. 13. §. 3. nicht allein der Grund der Entscheidung, sondern (in den Endworten) auch der-

---

certum deducat in stipulationem, non immerito quaeritur: nam et res certae designantur, et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. Sed utcunque is, qui sibi electionem constituit adiectis his uerbis Utrum ego uelim, potest uideri certum stipulatus, cum ei liceat uel hominem tantum uel decem tantum intendere sibi dari oportere: qui uero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur. — In der erstern Stelle muß doch, was auch Puchta (Institutionen §.165. S.119.) sagen möge, die actio certa, und zwar im Gegensatz zwischen ihrer richtigen und unrichtigen Fassung vorschweben, schon der Endworte wegen; denn wenn die Stipulation lautet Decem aut Stichum dare oportere, die Intentio aber Quicquid dare facere oportet, so kann man doch nicht sagen, sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentionem formulae conceptam esse. Abgesehen davon, daß bei incertis formulis von pluspetitio gar nicht die Rede ist, ibid. §. 54.

20) Ich übersehe nicht, daß Puchta (Institutionen §. 165. Note i.), um die Stipulatio usus fructus als certa aufrecht zu halten, die L. 75. §. 3. für interpolirt erklärt, indem Ulpian den fundus certus als prouincialis bezeichnet haben müsse, was die Compilatoren gestrichen hätten; und daß ferner v. Savigny (System Bd. 5. S. 618. 629. Vgl. dagegen Puchta a. a. O.) die Congruenz zwischen Stipulatio certa und Actio certa in Zweifel zieht. Allein jene Ansicht scheint nach dem Obigen ganz willkürlich und grundlos zu sein, und dieser Zweifel hängt mit dem Bildungsgange des Actionen-Systems überhaupt so enge zusammen, daß der Versuch ihn zu beseitigen auf eine andere Gelegenheit verspart werden muß.

jenige des Zweifels zu erkennen sein, welcher sich doch auch in der letztern (durch die Wendung dicendum est acceptilationem ualere) leise angedeutet findet [21]).

Als Endresultat aber ergiebt sich, daß unsere Stelle nicht bloß aller versuchten Emendationen füglich entrathen kann [22]), sondern daß sie auch nichts weniger enthält als eine Ausnahme von der Regel, welche den Fructus sine usu als Servitut ausschließt.

---

21) Gar keine Schwierigkeit macht die verschiedentlich angeführte L. 14. §. 1. a. E. De usu et habit., in den Worten: Sed si fructu (d. h. usufructu) legato usus adimatur, Aristo scribit, nullam esse ademptionem: quae sententia benignior est. Wollte man hier selbst ein Damnations-Legat voraussetzen, so könnte doch die Analogie unserer L. 13. §. 3. De acceptil. nicht geltend gemacht werden, weil bei jener Ademption nicht, wie bei dieser Acceptilation, ein Zeitraum vorläge, während welches die Forderung des usus fructus vollgültig bestanden hätte. Denkt man sich aber ein Vindications-Legat, so fällt es vollends in die Augen, daß man bei der Unmöglichkeit des fructus sine usu als Servitut nur die Wahl hatte, das ganze legatum ususfructus durch die ademptio usus als aufgehoben oder die Ademption selbst als ungültig zu betrachten. Daß man sich für das letztere erklärte, darf, auch abgesehen von der benigna interpretatio für Vermächtnisse, nicht befremden nach dem, was oben sogar für die Stipulatio ususfructus bei derselben Alternative bemerkt worden ist.

22) Auch die Basiliken (XXVI. 6. T. III. p. 133. Heimbach) sind keiner Emendation günstig, obgleich sie den Satz cum possit usus sine fructu constitui nicht wiedergeben. Ἐὰν κεχρεώστημαι (so lautet die Stelle) χρῆσιν καρπῶν, καλῶς ἐπὶ μόνῃ τῇ ψιλῇ χρήσει ποιῶ ἀθώωσιν· εἰ μὴ ἄρα νομίζων χρῆσιν ψιλὴν μόνον κεχρεωστῆσθαι ἐποίησα τὴν ἀθώωσιν.

VI.

Zur Lehre von der confessoria und der negatoria actio.

Von

Herrn Professor Dr. Schmidt (von Ilmenau)
in Jena.

Ich habe es mir zur Aufgabe gemacht, die Beschaffenheit der confessoria und der negatoria actio zur Zeit der Pandektenjuristen einer genaueren, auf Vollständigkeit jedoch nicht Anspruch machenden Betrachtung zu unterwerfen. An Quellen fehlt es nicht, namentlich bieten das 7. und das 8. Buch der Pandekten hinreichendes Material; ingleichen ist ein Scholium von Stephanus zu Fr. 5. D. si ususfructus petatur, für dessen Mittheilung (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. XII. p. 258 ff.) Zachariä besonderen Dank verdient, von Wichtigkeit. Weniger zuverlässig erweist sich dagegen Theophilus zu §. 2. I. de actionibus. — Wenn daher die Untersuchung auch nicht mit überwiegenden Schwierigkeiten zu kämpfen hat, so ist sie vielleicht doch nicht ganz ohne Nutzen; einmal, weil in

der Klage hier, wie überall, der Schlüssel zum Verständniß des Rechts selbst liegt; dann, weil sich aus ihrer früheren Gestalt auch für das justinianische Recht nicht ganz unwichtige Folgen ergeben werden [1]).

I. Den natürlichen Ausgangspunkt bildet der Ususfructus; denn die Klagen aus den dinglichen Servituten sind nach Ulpians Zeugniß den aus jenem gegebenen nachgebildet. Fr. 2. si servitus:

> De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria quam negatoria.

In diesem Verhältniß liegt auch von historischer Seite her nichts Auffälliges; denn obgleich Niemand läugnen wird, daß die Feldservituten bei weitem die ältesten sind, so war doch zu der Zeit, in welcher der Formularproceß zur Regel erhoben wurde, das System der Servituten ohne alle Frage schon längst entwickelt und es lag darin, daß der Prätor die wichtigste von allen an die Spitze setzte, von praktischem Gesichtspunkt aus ein sehr natürlicher Schritt.

Die intentio, deren sich der Usufructuar zur Geltendmachung seines Rechts bedient, wird in den Pan-

---

1) Dabei werde ich meine Aufmerksamkeit lediglich dem charakteristischen Theil der Klage, der intentio, zuwenden, nicht auch dem, was sie als arbitraria actio mit allen Klagen dieser Gattung gemein hat. Zugleich bemerke ich ausdrücklich, daß die Gestaltung der Klage als tuitio praetoria und utilis actio von der Untersuchung ausgeschlossen bleiben soll. Die Quellen bieten hier zu wenige Anhaltepunkte für ein irgend sicheres Resultat.

deßten nicht allzu häufig berührt. In Fr. 5. p. si usufr. p. sagt Ulpian:

Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest.

in Fr. 9. p. si servitus vind. Paullus — ius sibi esse — frui intendere potest; in Fr. 22. p. de aqua et a. p. a. Pomponius: — an vero etiam contendat (l. intendat), ius sibi esse uti frui.

Stephanus giebt die Formel: *εἰ φαίνεταί με δίκαιον ἔχειν τοῦ αὐτι φρουι*; Theophilus endlich mit geringerem Anschluß an den lateinischen Ausdruck: *εἰ φαίνεται τὸν οὐσούφρουκτον τοῦ ἀγροῦ ἐμὸν εἶναι*, so daß wir die intentio erhalten:

Si paret, illi ius esse uti frui fundo capenate.

Zur Abwehr usufructuarischer Anmaßungen bestanden dagegen zwei Formeln neben einander, die eine negativ, die andere positiv gefaßt, nach des Stephanus unverdächtigem Zeugniß ebenfalls im Edict verzeichnet, formula prohibitoria. Die erstere lautete:

Si paret No No ius non esse utendi fruendi fundo capenate invito Ao Ao;

denn das angeführte Fr. 5. p. sagt von ihr: cum invito se negat ius esse utendi fructuario, ferner Stephanus theilt sie genau folgendermaßen mit: *εἰ φαίνεταί σε μὴ ἔχειν δίκαιον τοῦ* uti frui invito me (viel weniger sorgfältig abermals Theophilus: *εἰ φαίνεται τὸ* uti frui *μὴ ἔχειν τὸν ἀντίδικον κατὰ τοῦ ἐμοῦ ἀγροῦ*). — Die zweite positive Formel ist ebenfalls in

jener Pandektenstelle angedeutet, wenn sie nach den eben hervorgehobenen Worten fortfährt: vel sibi ius esse prohibendi (wobei aus dem vorausgehenden negat ait herausgenommen werden muß), und während Theophilus davon schweigt, giebt dieselbe das Scholium: εἰ φαίνεταί με δίκαιον ἔχειν τοῦ κωλύειν σε τοῦ uti frui. Sie lautet daher:

Si paret, ius Titio esse prohibendi Seium uti frui cet.

II. Die oben angeführte Bemerkung Ulpians, es seien die auf die dinglichen Servituten bezüglichen Klagen in gleicher Art wie die aus dem Usufructus gebildet, wird durch genauere Betrachtung bestätigt. Nur verwickelt sich hier, bei der Mannigfaltigkeit der dinglichen Servituten, die Sache ein wenig mehr.

Für die Klage aus positiven Servituten muß zwischen denen, welche die Errichtung und das Bestehen einer Anlage, und den andern, welche ein reines Handeln zum Inhalt haben, unterschieden werden. Bei den ersteren, z. B. der altius tollendi, tigni immittendi, lautet die Formel, wenn in Folge der Servitut die Anlage erst errichtet werden soll:

si paret ius Ao Ao esse invito No No altius tollere [2]);

wenn dagegen auf die rechtliche Anerkennung der schon bestehenden Anlage geklagt wird:

---

2) Fr. 15. de o. n. n. — Fr. 11. si servitus.

si paret, ius Ao Ao esse invito No No ita aedificatum habere [3]).

Handelt es sich aber um eine, ein reines Thun zum Inhalt habende Servitut, so wird geklagt:

si paret, ius Ao Ao esse ire agere, fumum immittere etc. (invito No No) [4]),

und hier bleibt die Formel dieselbe, mag die Verletzung der Berechtigung schon eingetreten sein oder erst künftig bevorstehen. Klar sagt das Paullus in Fr. 9. p. si servitus vindicetur:

Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu aedificaveris, possum intendere, ius mihi esse ire agere; quodsi probavero, inhibebo opus tuum. Item Iulianus scripsit, si vicinus in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est, ius esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus. Sed si quidem nondum aedificavit, sive usumfructum sive viam habet, ius sibi esse ire agere, vel frui intendere potest; quodsi iam aedificavit dominus, is qui iter et actum habet, adhuc potest intendere, ius sibi esse —

Für die Klage aus negativen Servituten haben wir folgende, negativ gefaßte, nach Verschiedenheit des Falles verschiedene Formulare:

---

3) Fr. 17. communia praediorum. — Fr. 1. §. 7. de o. n. n.
4) Fr. 8. §. 5. — Fr. 9. §. 5. si servitus.

a) si paret ius No No non esse invito Ao Ao altius tollere, aedificare [5]).

b) si paret, ius No No non esse ita aedificatum habere invito Ao Ao oder in eo loco ea posita habere invito Ao Ao [6]).

Gegen die Anmaßung von positiven dinglichen Servituten gehen nach Verschiedenheit der Fälle die Klagen mit negativer Fassung:

a) si paret ius No No non esse aedificare (altius tollere) invito Ao Ao [7]);

b) si paret ius No No non esse, aedificatum, tigna immissa, parietem ita proiectum, protectum, arborem ita habere etc. invito Ao Ao [8]);

c) si paret ius No No non esse fumum, aquam immittere etc. invito Ao Ao [9]).

Daneben haben wir in Fr. 11. si servitus [10]) ein

---

5) Fr. 4. de serv. p. u. — Fr. 4. §. 8. si servitus. — Fr. 2. §. 15. de o. n. n. — Fr. 13. §. 10. de damno inf. — Fr. 1. §. 4. de remiss. — (Es ist bemerkenswerth, daß die Klage aus der Servitut ne luminibus officiatur dieselbe ist, wie aus der altius non tollendi). — Daß das invito se in einzelnen Formularen fehlt, ist nichts Auffälliges; es ist oft weggelassen, wo es auf diese Worte nicht gerade ankam.

6) Fr. 6. p.; Fr. 17. §. 1. si servitus.

7) Fr. 9. p.; Fr. 11. si servitus. — §. 2. I. d. actt.

8) Fr. 29. §. 1. ad leg. aq. — Fr. 36. de s. p. u. — Fr. 9. p.; fr. 11.; fr. 12.; fr. 14. §. 1.; fr. 17. p. si servitus. — Fr. 4. de servit. leg. — Fr. 2. de arb. caed. — Fr. 6. §. 2. arb. furtim caes. —

9) Fr. 8. §. 5. si servitus.

10) In den Schlußworten dieses Fragments: si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit will Zachariä uti re communi schreiben. Allein so leicht diese Aende-

entschiedenes Zeugniß für das ebenmäßige Vorkommen einer formula mit positiver Fassung der prohibitoria:

si paret, Ao Ao ius esse prohibere Nm Nm aedificare und dergl.

Gegen die Anmaßung negativer Servituten endlich ist eine Formel mit positiver Fassung erforderlich:

si paret ius Ao Ao esse altius tollere invito No No [11],

wonach auch die andere gegeben worden sein muß:

si paret ius Ao Ao esse ita aedificatum habere invito No No.

III. Die hier zu besprechende Klage wird civilis actio genannt (Fr. 6. §. 1. si servitus) und in einem besonderen Fall auf die XII Tafeln zurückgeführt (Fr. 2. de arb. caed.); natürlich, denn Eigenthum und Servituten entstammen beide dem civile ius. Daher muß die Klage eine iuris civilis intentio haben. Das civile Element nun liegt einzig und allein in dem Formelwort ius, welches hier ganz dieselbe Bedeutung hat, wie das oportere in der persönlichen Klage, Recht und Pflicht nach Civilrecht. Nur demjenigen, welcher nach Civilrecht die Servitut erwarb, wird das dominium

---

tung an sich ist, so dürfte ihr doch Fr. 27. de s. p. u. entgegenstehen, wo die Florentina ganz ebenso hat: quia invito socio in iure communi non habeas ius aedificandi. Und ähnlich sagt Fr. 4. de serv. leg.: nam quod communiter socius habet et in iure eum habere constitit.

11) Fr. 4. §. 7. si servitus. — Fr. 15. de op. n. n.

ususfructus, ein ususfructus iure constitutus, legitime eius factus zugeschrieben; wer nur nach prätorischem Recht die Servitut hat, hat sie non iure [12]). Die intentio: si paret illi ius esse kann dieser also niemals gebrauchen.

IV. Die confessoria und die negatoria actio sind anerkanntermaßen actiones in rem (Gai. IV. 3.). Daß die Bezeichnungen actiones in rem und actiones in personam ursprünglich einen formalen Sinn haben, kann nicht füglich bezweifelt werden; in personam a. heißt die Formel, welche in der intentio der Person des Beklagten namentlich gedenkt, in rem diejenige, welche das nicht thut, sondern allgemein gefaßt ist (Gai. IV. 87). Aber in dieser formalen Beziehung sind die Klagen aus Servituten, ingleichen die aus dem Eigenthum gegen die Anmaßung von Servituten in der Regel nicht in rem; die negativ gefaßten nämlich sind im Gegentheil stets in personam; si paret ius No No non esse, von den positiv gefaßten ebenso die prohibitoria form.: si paret, ius Ao Ao esse prohibere Nm Nm, die andere Formel überall, wo der Zusatz invito No No ge-

12) Fr. 1. quib. modis; fr. 3. si usufr.; fr. 10. p. si servitus. In der letzten Stelle freilich nennt Ulpian die bloß nach prätorischem Recht gültige Servitut ius aquae ducendae, aber daß er das Wort hier in sehr uneigentlichem Sinne braucht, zeigt die bei ihm folgende Aeußerung: non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est. Aehnlich versteht dieser mit den Worten es wenig genau nehmende Jurist in fr. 5. p. si usufr. unter fructuarius denjenigen, der nicht Usufructuar ist, in fr. 8. §. 2. si servitus unter paries meus eine Wand, die nicht mir gehört, sondern meinem Nachbar.

fordert wird (was freilich, wie wir später sehen werden, nicht überall der Fall ist). Das Auffällige dieses Verhältnisses verliert sich jedoch, wenn man sich erinnert, daß jener Eintheilung der Klagen in actiones in rem und in personam späterhin die andere materielle, zu der Zeit des verschwundenen Formularprocesses im juristischen Sprachgebrauch überwiegende Bedeutung untergelegt wurde, wonach actiones in personam Klagen aus Obligationen, actiones in rem alle andern, namentlich die aus dinglichen Rechten bezeichnen [13]). In dieser Bedeutung sind natürlich alle diese Klagen actiones in rem trotz ihrer persönlich gefaßten intentio [14]).

In dieser Rücksicht verdient die servitus oneris fe-

---

13) Dieser neuere Sprachgebrauch erklärt sich so. Das materielle Element überwiegt naturgemäß überall das formelle. Die in personam conceptae actiones sind durchaus in den meisten Fällen Klagen aus Obligationen. So bestimmte sich dieser materielle Sprachgebrauch hier nach dem häufigsten Fall, wie auch sonst nicht selten. Das Wort capitis diminutio giebt ein analoges Beispiel; die Sprache nennt jede durch einen juristischen Act hervorgerufene Veränderung im status so, weil bei weitem in den meisten Fällen, aber doch nicht in allen (was freilich Savigny nicht zugiebt), eine Verschlechterung des caput damit verbunden ist.

14) Vgl. die einigermaßen abweichenden Auseinandersetzungen von Savigny System V. §. 206—209., Puchta Institutionen II. §. 165. Diese zweite Bedeutung hat Schrader übersehen, wenn er in seiner Institutionen-Ausgabe p. 635. den oben angeführten Quellenzeugnissen zuwider behauptet, die negatoria habe auch formell eine in rem concepta intentio, nämlich rem actoris a servitute liberam esse, eine Fassung, welche über die Absicht des Prätors weit hinausgehen würde, denn sie würde Freiheit von der Servitut überhaupt fordern, während die Natur der Sache sich mit dem Vorhandensein dieser Freiheit dem Beklagten gegenüber begnügen muß.

rendi, bekanntlich schon für die römischen Juristen ein Gegenstand der Controverse, besondere Rücksicht. Der Servituten-Inhaber klagt außer dem gewöhnlichen si paret ius Ao Ao esse, onus in parietem Ni Ni imponere (oder impositum habere) überdieß, wenn im Servitutenvertrag so bedungen wurde, dahin, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks die belastete Mauer bessere. Diese Pflicht hat ohne Frage einen obligatorischen Inhalt; allein es liegt darin allerlei Abweichendes. Verträge binden nur die Contrahenten; diese aus dem Vertrag abgeleitete Obligation geht dagegen mit dem Eigenthum des dienenden Grundstücks, d. h. gegen den jedesmaligen Eigenthümer, als Reallast; das meint Labeo, wenn er sagt, hanc servitutem non hominem debere sed rem. Die intentio ist auch nicht etwa wie eine gewöhnliche persönliche von der Pflicht des Beklagten her (si paret Nm Nm Ao Ao X dare oportere), sondern nach Art der dinglichen Klagen von dem Rechte des Klägers her gefaßt:

si paret ius Ao Ao esse cogere Nm Nm reficere parietem.

Es ist eben diese ganze Ausbesserungspflicht nur untergeordnetes Annexum der Servitut, so daß von der ganzen Klage aus der s. oneris ferendi mit Recht von Ulpian gesagt werden konnte: haec actio in rem magis est, quam in personam [15].

15) Fr. 6. §. 2. (hier wird statt ut possit quis defendere zu lesen sein intendere) — 7.; fr. 7. 8. si servitus. In der

V. Die nahe Verwandtschaft der oben dargelegten Formeln ergiebt sich von selbst. Die intentio: si paret ius mihi esse altius tollere kann ebensogut eine Klage aus der servitus altius toll. sein, als die Klage aus dem Eigenthum gegen den Dritten, der sich die s. altius non tollendi anmaßt (Fr. 15. de n. o. n.); die intentio: si paret ius No No non esse aedificare hat nicht bloß der aus der serv. altius non toll. Berechtigte, sondern auch der Eigenthümer, in dessen Eigenthum durch einen Bau eingegriffen wird (Fr. 9. p. si servitus — fr. 13. §. 10. damn. inf.). Es ist daher diesen Formeln von vornherein gar nicht anzusehen, ob sie confessoria oder negatoria actio im gewöhnlichen Sinn seien. Zumeist giebt darüber der Zusammenhang Aufschluß; in Fr. 1. §. 7. de o. n. n. ist sogar, da Eigenthümer und Servitutenhaber zur nuntiatio gleichmäßig berechtigt sind, schlechthin nicht zu ermitteln, ob Ulpian bei der Formel ius sibi esse ita aedificatum habere an die confessoria oder an die negatoria dachte, wahrscheinlich meinte er beide.

Daß die Namen negatoria (negativa) und confessoria actio von der negativen und der affirmativen Formelfassung abgeleitet sind, darüber kann nicht füglich ein Zweifel sein; Theophilus sagt das ausdrücklich (er sieht deßhalb auch in der rei vindicatio eine confessoria), und auch Stephanus theilt diese Ansicht

---

letzten Stelle kommt noch die dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks zustehende negatoria vor: si paret ius No No non esse cogere Am Am fulcire aedificium Ni Ni.

Daraus würde folgen, daß diese Benennungen, wie bekanntlich auch die Ansicht Einzelner ist, über die Natur der Klagen noch gar nichts entschieden, indem beide, sowohl die confessoria als die negatoria, bald aus der Servitut, bald gegen sie aus dem Eigenthum gegeben würden. Dann wären diese Namen wenig brauchbar. In den wenigen uns erhaltenen, entscheidenden Stellen der Pandekten ruht jedoch offenbar ein anderer, materieller, vom verfolgten Rechte hergenommener Sprachgebrauch. Confessoria heißt die Klage aus der Servitut, mag sie affirmativ oder negativ gefaßt sein, negatoria die aus dem Eigenthum gegen die Anmaßung von Servituten jeglicher Art, also auch mit affirmativer Fassung [16]).

Der Sprachgebrauch erklärt sich hier in derselben Weise wie bei den Ausdrücken actio in rem und in personam. Eine technische Bezeichnung für Klage aus der Servitut und Klage aus dem Eigenthum gegen die Anmaßung einer solchen, war Bedürfniß. Man wählte auch hier ursprünglich formale Ausdrücke, bei denen ebenfalls in den häufigsten Fällen das formelle Moment

---

16) Entscheidend ist hier Ulpian in fr. 2. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur —: De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria quam negatoria; confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat. Damit stimmt genau fr. 5. p. eod., wo derselbe Ulpian annimmt, die negativa actio werde mit der affirmativen Fassung der prohibitoria formula gegeben. — Vgl. Vangerow Pandekten I. p. 704 ff.

mit dem materiellen zusammentraf. Für das Auffallende dieser Namenverkehrungen scheint mir überdieß der Schlüssel in dem schon oben erwähnten Entwickelungsgange dieser Klagen vom Usufructus her zu liegen. Bei diesem nämlich (wie überhaupt bei allen affirmativen Servituten) fordert die Klage aus der Servitut stets eine formula confessoria, die Klage aus dem Eigenthum gegen die Anmaßung des Usufr: stets eine formula negativa. Hatte man sich nun hier gewöhnt, den eigentlichen formellen Namen in materiellem Sinn zu verstehen, so erscheint es wenig auffällig, wenn man späterhin auch für die dinglichen Servituten den gleichen materiellen Sprachgebrauch beibehielt, obschon hier in formeller Rücksicht nicht selten ein Widerspruch zu Tage kam.

VI. Lassen wir die prohibitoria formula vorläufig außer Spiel, so erregt der Zusatz invito Ao Ao und invito No No, dessen Interpretation auch die römischen Juristen größere Aufmerksamkeit widmen (Fr. 5. de s. p. u.), unsere Aufmerksamkeit. Derselbe findet sich in allen Formeln mit Ausnahme der ususfructus vindicatio. — Ist er auch hier nur zufällig weggelassen, wie sonst häufig, wo es den Juristen auf ihn nicht ankam, oder war er hier überhaupt ohne Nutzen?

Bei allen angegebenen negativen Formeln scheint auf den ersten Blick aus dem Nichtrecht des Beklagten intendirt zu werden. Daher erhebt sich die Frage: wie kann der alleinige Umstand, daß der Beklagte nicht berechtigt ist, dazu führen, daß er uns verurtheilt werde? Verurtheilung setzt Berechtigung des Klägers voraus.

Theophilus, welcher diese Schwierigkeit bei Gelegenheit der gegen die Anmaßung des Usufructus gerichteten Klage erkannt hat, hofft jene dadurch zu beseitigen, daß er behauptet, bei Erhebung der negativa a. sei das Eigenthum des Klägers stets schon vorher zugestanden, so daß sie doch immer als eine Klage aus diesem betrachtet werden müsse, wenn auch die Formel nichts davon enthalte. Das Irrthümliche dieses Nothbehelfs zeigt jedoch Ulpian in Fr. 5. p. si ususfr.;

> — — Quodsi forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet; vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.

Die Beseitigung dieses Zweifels liegt nun gerade in den Formelworten invito Ao Ao; denn in ihnen ist der Anspruch des Klägers auf eigenes Recht zu finden, sie sagen: dafern der Beklagte nicht berechtigt ist, wider des Klägers Willen die Früchte der Sache zu ziehen u. s. w., und dienen daher dazu, auch bei der negativen Formel das eigene Recht des Klägers zum Fundament der Klage zu machen. In dieser Rücksicht sagt Ulpian a. a. O. treffend:

> de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario,

und Stephanus zu dieser Stelle findet recht eigentlich in den Worten: invito me das Klagfundament, so

wie er mit Recht hinzufügt, es seien dieselben ein confessorisches Glied der Formel, d. h. sie enthalten eine Affirmation. — In jeder negativen Formel ist mithin dieser Zusatz Nothwendigkeit.

Aber auch in den affirmativen Formeln aus dinglichen Servituten ist er Bedürfniß. Zwar würde die Formel: si paret, ius Titio esse altius tollere eines Klagfundaments an sich nicht entbehren, denn der Kläger beruft sich auf sein eigenes Recht; allein er trüge nach ihr den Sieg davon, dafern er beweist, daß seinem Grundstück das ius altius tollendi nur irgendwie, obgleich nicht dem Grundstück des Beklagten gegenüber, zustehe. Gerade wegen dieser Relativität aller dinglichen Servituten, wegen der in ihnen überall liegenden Beziehung eines Grundstücks zu einem bestimmten andern muß das Klagfundament zweierlei enthalten: erstens einen Servitutenanspruch, und zweitens die Zuständigkeit dieser Servitut gerade gegen den Beklagten; das zweite liegt eben in dem invito No No etc.

Endlich die Formel aus den persönlichen Servituten braucht diesen Zusatz nicht. Denn in den Worten: si paret, ius Titio esse uti frui fundo capenate liegt einmal ein positives Klagfundament, dann aber auch der vollständige Ausdruck des Rechts. Denn die persönliche Servitut hat nichts von jener doppelten Beziehung der dinglichen, nichts von ihrer Relativität in sich; hat Titius das ius utendi fruendi, so hat er es gegen Jedermann, auch gegen dich.

VII. Nach den oben angeführten Zeugnissen steht

die selbstständige Existenz der prohibitoria formula neben der negativ gefaßten unerschütterlich fest[17]). — Die Tendenz der wiederholt angeführten schätzbaren Abhandlung Zachariä's ist auf den Nachweis gerichtet, auch noch im justinianischen Recht sei eine den Interpreten des römischen Rechts ganz entgangene, zwar gleich der negatoria actio ebenfalls aus der negativen Seite des Eigenthums folgende, dennoch aber von jener materiell verschiedene actio prohibitoria vorhanden. Dieser Ansicht muß ich jedoch mit der Behauptung entgegentreten, daß überall nur eine Verschiedenheit des Ausdrucks, keine der Sache zu erkennen sei.

---

17) So eben kommt mir das 2. Heft des 14. Bandes der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft zu, worin W. Stephan p. 274 ff. in einer gegen Zachariä gerichteten Abhandlung die Behauptung aufstellt, es sei die proh. form. nur ein Zusatz der negatoria in folgender Art: si paret *tibi non esse* ius uti frui. vel si paret mihi ius esse prohibendi te uti frui. Dem Leser wird zugemuthet, den Beweis für diese absonderliche Formel in der Stelle des Stephanus zu finden. Der Verf. räumt selbst ein, daß der Grieche im Eingang die prohibitoria form. der negativ gefaßten als eine selbstständige gegenüber gestellt (und in der That ließ sich das nicht füglich läugnen, weil es da heißt: alteram negatoriam, quae sic habet: si paret tibi non esse ius uti frui invito me; proposuit etiam aliam formulam prohibitoriam sic conceptam: si paret mihi ius esse prohibendi te uti frui), meint aber, derselbe habe beide nachher doch wieder zusammengeworfen durch folgende in Zachariä's Uebersetzung also lautende Worte: — oportet enim quemlibet de suo iure non de alieno agere. Quamvis enim negatoria formula competit proprietario adversus eum, qui se usumfructuarium dicit et proprietarius qui negatorie agit sic intendit: si paret tibi non esse ius uti frui. et quodammodo non ex suis iuribus sed ex debilitate adversarii victoriam sibi parat, tamen ea sequentibus verbis formulae ostenditur eum recte

Zachariä findet das Gebiet der prohibitoria auf der einen Seite enger, auf der andern weiter als das der negatoria. Enger dann, wenn der Eingriff ein für alle Mal vollbracht sei, weil dann der Eigenthümer mit der auf prohibere gerichteten intentio offenbar zu spät komme. Allerdings, wenn schon gebaut ist, wird ihm die intentio: si paret ius Ao Ao esse prohibere Nm Nm aedificare nutzlos sein; aber ich sehe nicht, was folgender Fassung im Wege stehen könnte: ius sibi esse prohibere illum, ita aedificatum habere.

Das selbstständige Gebiet der prohibitoria versucht dieser Gelehrte für zwei Fälle nachzuweisen. Erstens

---

intendisse. Nam dum dicit: si paret tibi non esse ius uti frui invito me vel sic: si paret mihi ius esse prohibendi te uti frui, docet se dominum esse et repellit adversarium dominii probationibus et videtur per haec verba confessorie potius quam negatorie agere, quia, dum hoc dicit, dominum se praedicat et posse secundum leges adversarium prohibere quominus utatur fruatur. Demnach hätte sich Stephanus in einem Athem widersprochen, sagend: wenn ich oben von zwei Formeln redete, der prohibitoria und der negatoria, so ist das falsch, es giebt doch nur eine. Aber ich denke, nicht Stephanus irrt, sondern Stephan. Der Sinn der Stelle ist, wie schon oben angedeutet wurde: Jedermann kann nur aus eigenem Recht klagen, nicht bloß aus dem Nichtrecht des Andern; zwar scheint das bei der Negatoria anders, wenn man allein die Worte in's Auge faßt: si paret tibi ius non esse uti frui, allein daß es auch bei ihr gerade so sei, zeigt der Zusatz invito me, sowie es aus ihrer andern Fassung: si paret ius mihi esse prohibendi von selbst hervorgeht. — Ueberdies würde Stephan's Formel den Uebelstand, welchen er durch sie vermieden wissen will, das Klagen aus dem Nichtrecht, gerade bestehen lassen. Denn bei ihrer alternativen Fassung siegt der Kläger in zwei Fällen, entweder nämlich, wenn er ein Hinderungsrecht, oder wenn der Beklagte kein Recht hat.

steht es fest, daß, wenn von mehreren Miteigenthümern eines Grundstücks einer auf seine eigene Hand bauen will, der andere das ius prohibendi habe. Zweitens, wenn der Eigenthümer die cautio damni infecti deshalb leisten mußte, weil der Usufructuar dieselbe verweigert hat, so kann jener diesen vom Usussfructus ausschließen. In diesen beiden Fällen nun soll nach Zachariä zwar die prohibitoria, nicht aber die negatoria a. zulässig sein, denn der intentio: ius No No non esse aedificare, uti frui trete der wichtige Umstand entgegen, daß in beiden Fällen das ius dem Beklagten wirklich zustehe.

Für den ersten Fall pflichte ich in so weit Zachariä bei, als er annimmt, daß Marcellus in Fr. 11. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur dem Miteigenthümer die dingliche Klage gegen den Bauenden einräume; denn wenn er auf die Frage: an socii cum eo ita agere possint, ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse die Antwort ertheilt: et magis dici potest, prohibendi potius quam faciendi esse ius socio (gerade wie Pomponius in Fr. 27. §. 1. de s. p. u. und Papinian in Fr. 28. comm. div. dem Miteigenthümer das ius prohibendi zusprechen), so kann das nur heißen: die besprochenen Klagformen (und das sind eben die der dinglichen Klage) sind anwendbar, nicht aber: sie sind unanwendbar [18]. Für den zweiten Fall ist dagegen die

18) Auf die zweite in demselben Fragment aufgeworfene Frage,

Brauchbarkeit der dinglichen Klage mindestens sehr zweifelhaft, weil das hier einschlagende Fr. 9. §. 5. de damno inf. gar keine Klage namhaft macht [19]). Jedoch wie dem auch sei, wenn überhaupt die dingliche Klage in diesen beiden Fällen brauchbar ist, so ist sie es meiner Meinung nach in beiden Formen, als negatoria und als prohibitoria. Das oben angegebene, von Zachariä gegen die Brauchbarkeit der negatoria vorgebrachte Argument wäre nämlich dann unzweifelhaft durchschlagend, wenn die Formel nur so lautete, wie Zachariä dabei voraussetzt: si paret illi ius non esse aedificare, uti frui. Nun hat sie aber, wie wir oben gefunden haben, den restrictiven Zusatz: invito me. Der Kläger hat demnach lediglich darzuthun, daß der Be-

---

ob auch nach schon vollführtem Bau vom Miteigenthümer geklagt werden könne: ius tibi non esse ita aedificatum habere, fehlt, wie Zachariä richtig eingesehen hat, die Antwort. Daß wir eine entschiedene Verneinung derselben von Javolenus in Fr. 4. de serv. leg. besitzen, scheint ihm entgangen zu sein.

19) Zu denen, welche die dingliche Klage in beiden Fällen läugnen, gehört abermals Stephan. Im ersten meint nach ihm Marcian ein prohibitorisches Interdict; Stephan selbst sagt nicht, welches (er scheint überhaupt der Ansicht, prohibitorium interdictum sei etwas ganz eben so Bestimmtes, wie etwa rei vindicatio), bringt dasselbe aber mit der operis novi nuntiatio in unklarer Weise in Verbindung, redet von einer Nuntiation, welche der Prätor nach geleistetem Calumnieneide veranstaltet haben soll, betrachtet den Miteigenthümer als Nuntianten, obgleich er weiß, daß dieser nicht nuntiiren darf, spricht von einem prohibitorischen Interdict dieses Nuntianten, obgleich jedermann weiß, daß derselbe nur ein restitutorisches hat, und bringt durch solche Sätze eine so gründliche Verwirrung zu Stande, daß jede ernsthafte Widerlegung fast eben so unthunlich als überflüssig erscheint.

klagte nicht befugt sei, wider seinen, des Klägers, Willen zu bauen u. s. w. Wenn er nun, wie in diesen Fällen, das ius prohibendi hat, so erbringt er auch diesen Beweis [20]).

Die Sache ist diese: zwischen der proh. und der neg. formula bestand nie ein materieller Unterschied, immer nur einer im Ausdruck; beide begreifen genau dasselbe Feld, nur daß die eine dasselbe in affirmativer Art sagt, was die andere negativ ausdrückt. Ist dem so, dann fällt auch jeder Grund weg, mit Zachariä die prohibitoria gerade wie die negatoria auf den Eigenthümer zu beschränken. Da, wo die confessoria in der negativen Fassung: si paret, ius No No non esse Statt hat, muß sie auch in der positiven si paret ius esse Ao Ao prohibere zulässig sein. Zachariä's einziger Gegengrund besteht, wenn ich ihn anders recht verstehe, darin, daß hier eine materielle Differenz beider Fassungen nicht vorhanden sei. Das ist wahr, aber der Einwand ruht eben auf der vorgefaßten Meinung von der Nothwendigkeit einer solchen.

Das Resultat hiervon ist: die prohibitoria formula ist nur der affirmative Ausdruck der negativ gefaßten Formel (negatoria im formalen Sinn), daher bald ne-

---

20) Darin, daß Marcellus in jener Antwort sich des Ausdrucks ius prohibendi bedient, wird Niemand eine ausdrückliche Anerkennung der proh. und stillschweigende Verwerfung der negatoria finden wollen. In Fr. 41. §. 1. de s. p. u. z. B. spricht Scävola von einer actio ad prohibendum, wo entschieden eben so gut die negativa als die proh. gemeint ist.

gatoria (im materiellen Sinn), bald confessoria. Seit man im Proceß der Formel sich nicht mehr bedient, hat sie jede Bedeutung verloren.

VIII. Die confessoria a. ist anerkanntermaßen lediglich eine Klage aus der Servitut. Deshalb hat dieselbe niemals der Eigenthümer für Einklagung einer im Eigenthum an sich liegenden Befugniß, weil eine Servitut an der eigenen Sache nicht denkbar ist [21]). Dabei stimmt es vollkommen mit der Formel, daß auch der im Besitz Befindliche klagen kann (Fr. 5. §. 7. si ususfr. — Fr. 6. §. 1. si servitus). Sie geht gegen jeden Störenden, nicht bloß gegen den Eigenthümer [22]), sehr natürlich, denn die Formel hat vom Gegentheil keine Spur (invito te u. s. w.).

Die Negatoria ist dagegen, wie heutzutage allgemein anerkannt wird, einfach eine Klage aus dem Eigenthum; beweist der Kläger dieses, so ist der intentio: ius illi non esse (aliquid facere in meo) invito me oder ius mihi esse (aliquid facere in meo) invito illo Genüge geschehen; denn Eigenthum ist volle, ausschließliche Herrschaft. Dabei ist es vollkommen wahrscheinlich, wenn

---

21) Fr. s. p. si usufr.: Uti frui ius sibi esse solus potest intendere qui habet usumfructum; dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire.

22) Fr. 10. §. 1. si servitus. — Es ist auffällig, daß in den entscheidenden Worten der Stelle: verum etiam cum omnibus agi poterit, quicunque aquam non ducere impediunt exemplo ceterarum servitutum zur Beseitigung des unbrauchbaren non zwar andere operose Conjecturen gemacht worden sind, nicht aber, so viel ich weiß, die ganz einfache: nos.

auch nicht durch ein besonderes Quellenzeugniß nachweisbar, daß die negatoria in gleichem Verhältniß wie die confessoria auch dem im Besitz der Freiheit von der Servitut Befindlichen einzuräumen sei. Belangt kann nicht etwa, wie eine ältere, heute freilich allgemein verlassene, Theorie will, bloß derjenige werden, welcher die Störung in der Absicht, eine Servitut auszuüben, vornimmt — rein praktisch angesehen, eine höchst *unangemessene* Anforderung —; denn von einem solchen Requisit weiß die Formel nichts.

Eine von der letzten verschiedene, allein *gewöhnlich* mit ihr zusammengeworfene Frage lautet: ist die Negatoria gegen einen jeden partiellen Eingriff in's Eigenthum zulässig, oder nur gegen einen solchen, welcher, objektiv betrachtet, den Inhalt einer Servitut zu *bilden* im Stande ist? Kann sie z. B. die intentio *erhalten*: si paret, ius mihi esse, sedere in *meo invito illo*? Die jetzt herrschende Theorie ist, besonders seit Heise's Vorgang, entschieden für den weiterm Umfang [23]). Prüfen wir ihre Richtigkeit.

Für die engere Begrenzung der Klage sprechen:

Fr. 2. p. si servitus: De servitutibus in rem actiones competunt nobis — tam confessoria quam negatoria; confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat.

---

23) Vgl. z. B. Puchta im Rh. Mus. 1. p. 166 ff. Vangerow Pandekten I. p. 706.

Fr. 4. §. 7. eod.: Competit autem de servitute actio domino aedificii neganti, servitutem se vicino debere.

Denn darin wird die negatoria eine actio de servitute genannt, und als ihr Gebiet das negare servitutem bezeichnet. Die gleiche Beschränkung liegt in den beiden Titelrubriken:

Si usus fructus petatur vel ad alium pertinere negetur.

Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.

Nichtsdestoweniger wäre recht gut möglich, daß diese Stellen nur den am häufigsten vorkommenden Fall im Auge hätten, ohne andere mögliche Fälle auszuschließen. Dabei muß jedoch natürlich so lange an ihren Aussprüchen festgehalten werden, bis der Beweis ihrer Unzulänglichkeit geführt wäre. Diesen glaubt man nun mit Leichtigkeit erbringen zu können, Stellen anführend, in welchen entschieden die Negatoria zugelassen werde für Eigenthumsstörungen, welche den Inhalt einer Servitut angeblich gar nicht bilden können. — Die einzige von Bedeutung und die Hauptstütze dieser Ansicht liegt in Fr. 14. §. 1. si servitus:

si paries communis opere abs te facto in aedes meas se inclinaverit potero tecum agere ius tibi non esse, parietem illum ita habere.

Hier nämlich, so sagt man, wird dem alleinigen Eigenthümer des einen Grundstücks gegen denjenigen, mit welchem er eine Wand im Miteigenthum hat, die

Negatoria eingeräumt, also in einem Fall, wo von einer Servitut gar nicht die Rede sein könne, weil nach Fr. 26. de serv. p. u. an einer res communis niemand etwas iure servitutis vornehmen kann. Allein dieser Schluß scheint mir verwerflich. Fr. 14. spricht von dem paries communis; daß es mit diesem eine besondere, noch nicht völlig ermittelte Bewandniß haben müsse, hat man schon lange gefühlt, und hat neuerlich Zachariä (a. a. O. p. 271.) ausgesprochen. Jedenfalls ist Zachariä's Zweifel darüber, ob auf die von ihm handelnden Stellen die Grundsätze vom Miteigenthum schlechthin angewendet werden dürfen, begründet. Hier genügt der Beweis, daß er von dem in Fr. 26. ausgesprochenen Princip nicht ergriffen werde. Diesen liefert Fr. 40. de s. p. u., denn die so vielfach besprochene Stelle zeigt unwidersprechlich (selbst Vangerow giebt das zu, Bd. I. p. 657.), daß an dem paries communis das *facere* aliquid iure servitutis, um mich der Worte des Fr. 26. zu bedienen, möglich sei.

Alle andern für den weiten Umfang der Negatoria angeführten Stellen bedürfen keiner genaueren Widerlegung. Warum sollte z. B. eine Servitut des Inhalts: ius mihi esse in meo ita lapidem caedere, ut in fundum tuum fragmenta cadant (Fr. 8. §. 5. si servitus) weniger zulässig sein als die andere: ius mihi esse ex taberna casearia fumum in aedificia tua immittere? Ein Steinbruch ist doch gewiß eine causa perpetua. Warum ferner sollten die Klagen ausgeschlossen sein: ius mihi esse flumina ex meo in tuum pa-

rietem immittere (Fr. 13 eod.), ius mihi esse, parietem meum ita projectum in tuum esse, uti semipedem procumberet (Fr. 17. §. 1. eod.). Warum sollte man nicht klagen dürfen: ius mihi esse, arborem in tuum fundum immissam habere (Fr. 2. de arb. caed. — Fr. 6. §. 2. de arb. caed.), da doch die letzte Stelle diesen Fall recht eigentlich mit tignum immissum zusammenstellt. Wenn wir daher in den angegebenen Fragmenten für alle diese Fälle die Negatoria angewendet finden, so verträgt sich das völlig mit dem quellenmäßigen engern Umfang der Klage. Es ist nämlich hier überall eine Servitut möglich.

Wir könnten uns nun füglich bei der Negative beruhigen, daß der Beweis der Unzulänglichkeit jener von den Quellen gegebenen Gränzbestimmung nicht geliefert sei. Ich glaube jedoch, es lasse sich auch positiv die völlige Richtigkeit jener Ulpian'schen Aussprüche darthun. Fr. 8. §. 6. si servitus sagt:

> Apud Pomponium dubitatur libro 41. lectionum, an quis possit ita agere, licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere, aut non licere; et ait magis non posse agi, sicuti agi non potest, ius esse in suo ignem facere, aut sedere aut lavare.

Hier ist als unzweifelhaft hingestellt: der Eigenthümer kann nicht klagen: ius sibi esse, in suo ignem facere, sedere, lavare. Desgleichen wird, jedoch mit geringerer Entschiedenheit, für unzulässig erklärt die intentio; ius sibi esse, in suo fumum non gravem fa-

cere, so wie die andere: ius illi non esse, in suo fumum non gravem facere. Der vom Juristen nicht ausgesprochene Grund der Verwerfung liegt auf der Hand: es kann keine Servituten mit solchem Inhalt geben, denn ein reeller Vortheil würde aus ihnen dem Nachbargrundstück nicht erwachsen. — Jene Intentionen können an sich eben so gut der confessoria als der negatoria angehören. Es fragt sich, in welcher Eigenschaft sind sie verworfen? Die Vertheidiger des weiteren Umfangs der negatoria müssen behaupten: lediglich in der Eigenschaft der confessoria, als negatoria sind sie zulässig, und in diesem Sinne macht die Glosse zu dem Wort agere den beschränkenden Zusatz: per pactum. Dem offenen Auge wird es dagegen nicht entgehen, wie von einer solchen Einschränkung weder in den Worten selbst, noch in ihrem Zusammenhange mit den voraufgehenden Paragraphen eine Spur zu finden ist. Diese Intentionen sind schlechthin für unbrauchbar erklärt, also als negatoria eben so gut wie als confessoria. Wir erhalten daher für den Satz: negatoria competit ei, qui servitutem negat ein schlagendes Beispiel. Weil eine Servitut nie den Inhalt haben kann: ius domino non esse sedere in suo, kann nie negatorisch geklagt werden: ius sibi esse sedere in suo [24]). In Wahrheit ein sehr natürliches Resultat,

24) Ein anderes, obgleich nicht ganz so sicheres Beispiel liegt in Fr. 5. p. si ususfr. —: Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest — denn wenn auch im folgenden Ulpian von der confessoria redet, so liegt doch mittelbar darin (solus potest inten-

insofern nicht füglich eine andere intentio gedacht werden kann, als welche die Möglichkeit des Beweises, daß dem anders sei, offen läßt; und das geschieht bei der Negatoria dann überall, wenn sie nur in solchen Fällen gegeben wird, wo eine entgegengesetzte Servitut möglich ist. Auch ist für die weitere Ausdehnung der Negatoria kein Bedürfniß; denn die Injurienklage und das interd. uti possidetis reichen aus.

Nur aus dem engern Umfang der Negatoria erklärt es sich endlich, weshalb von den Pandectenjuristen diese Klage und die Confessoria beständig neben einander, in Bezug auf einander behandelt werden, und wie z. B. Ulpian von der Negatoria sagen kann: Et hic quoque sicut in ceteris servitutibus actio contraria dabitur, hoc est, ius tibi non esse me cogere (Fr. 8. p. si servitus). Zugleich geht daraus hervor, daß die beiden oben angegebenen wichtigen Titelrubriken, welche schwerlich eine Erfindung der Compilatoren sind, vielmehr, wie die meisten andern, dem Edict entnommen wurden, einen Fehler nicht enthalten.

IX. Es sei mir zum Schluß erlaubt, die oben gewonnenen Formeln auf den viel besprochenen Unterschied von servitutes praediorum urbanorum und rustico-

---

dere), daß die intentio: ius sibi esse, uti frui gar nicht als Negatoria gedacht werden kann. Die Negatoria des Usufructus lautet nämlich (weil gegen jede affirmative Servitut negativ geklagt werden muß): ius illi non esse, uti frui. Die positive Fassung der Negatoria: ius mihi esse, uti frui ist deshalb unzulässig, weil sie der unmöglichen Servitut: ius domino non esse, uti frui entgegentreten würde.

rum anzuwenden. Bekanntlich hat Vangerow (Pand. 1. p. 631 ff.) die früher fast unberücksichtigt gebliebene Stever'sche Ansicht neu vertheidigt, wonach die Form der Ausübung das charakteristische Moment der Verschiedenheit abgeben soll. Die praediorum rusticorum seien servitutes faciendi, die urbanorum dagegen serv. habendi und prohibendi. Ich halte dafür, man habe dem Stever'schen Einfall allzuviel Ehre angedeihen lassen. Daß jene Dreitheilung für den fraglichen Begriff nicht von Relevanz sei, dafür bringen die oben aufgeführten Formeln, von andern Gründen abgesehen, ein schlagendes Argument. — Von der servitus altius tollendi z. B. werden die Anhänger der Stever'schen Lehre sagen müssen, sie gehöre zu den servv. praediorum urbanorum, als serv. habendi. Die Formeln zeigen dagegen ebenmäßig, wie die Natur der Sache, daß sie, wie jede s. g. s. habendi, eine s. faciendi und habendi, je nach dem verschiedenen Stadium ihrer Entwickelung, zugleich sei. Denn aus derselben hat der Servitutenberechtigte bald die Formel: si paret Ao Ao ius esse altius tollere, bald die andere: si paret Ao Ao ius esse ita aedificatum habere. Daraus folgt im Stever'schen Sinne: es ist die serv. altius tollendi, bevor der Berechtigte von ihr Gebrauch machte, eine serv. praed. rusticorum, nachdem er es that, eine s. praed. urbanorum; ein Resultat, welches Niemand wird vertreten wollen.

VII.

Pomponius über die Aelier und Catonen und über A. Ofilius.

Von

Herrn Geh. Justizrath Dr. Huschke

in Breslau.

Von dem spärlichen Berichte, welchen wir Pomponius über die Geschichte der Römischen Jurisprudenz verdanken, wird uns leider noch Manches durch handgreifliche Textescorruptionen verkümmert. Dahin gehört unter Anderem

I.

das, was er von den Aeliern und Catonen sagt: L. 2. §. 38. D. de orig. iur. (1, 2.):

> Deinde Sextus Aelius et frater eius Publius Aelius et Publius Atilius maximam scientiam in profitendo habuerunt, ut duo Aelii etiam consules fuerint. Atilius autem primus a populo Sapiens appellatus est. Sextum Aelium etiam Ennius laudavit, et exstat illius liber, qui inscribitur Tripertita, qui liber veluti cunabula iuris

continet. Tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, dein subtexitur legis actio. Eiusdem esse tres alii libri referuntur: quos tamen quidam negant eiusdem esse. Hos sectatus ad aliquid est Cato. Deinde Marcus Cato princeps Porciae familiae, cuius et libri exstant: sed plurimi filii eius, ex quibus caeteri oriuntur.

So die Florentina, nur daß sie zu Anfange Sextus Caelius hat, welches C man um so weniger hätte unbeachtet lassen sollen, als nach Gebauer's Bemerkung in andern Handschriften Sextus Caecilius steht. Ohne Zweifel sollte es nach dem Sinne des Schreibers Caius bedeuten, wofür er irrig das in seinem Original stehende Catus angesehen hatte. Denn unmöglich konnte Pomponius, der nachher des bekannten Verses des Ennius Egregie cordatus homo Catus Aeliu' Sextus gedenkt, und der sonst die eigenthümlichen Beinamen der Juristen Sophos, Sapiens u. s. w., überall anführt, diesen ehrenden Beinamen des Sextus Aelius auslassen, der wahrscheinlich erst seitdem, wie aus den Fasten bekannt ist, in der Familie der Aelii Paeti erblich wurde. An der Versetzung des Agnomen wird man eben so wenig Anstoß nehmen, wie an Balbus Lucilius §. 42. Labeo Antistius §. 44.

Von diesem Sextus Catus Aelius erwähnt nun Pomponius zwei Bücher, die Tripertita, welche ihm sicher angehörten, und tres alii libri, deren Autorschaft bestritten war. Die ersteren halten die neuern Rechts-

historiker, wie Hugo, Zimmern, Walter, für identisch mit dem von Pomponius in §. 7. erwähnten ius Aelianum. Sicher irrig. Nicht zu gedenken, daß Pomponius dann ohne Nachlässigkeit es nicht hätte unterlassen können, zu bemerken, daß er von diesem Buche schon gesprochen habe, sind Titel, Inhalt und Charakter beider Bücher ganz verschieden. Von jenem sagt er §. 7. nach Erwähnung des ius civile Flavianum: Augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit qui appellatur ius Aelianum. Diese neue Sammlung enthielt also diejenigen legis actiones, welche in dem ius civile Flavianum fehlten, d. h. welche auf späteren Gesetzen nach den zwölf Tafeln beruhten (denn auf die aus dem Zwölftafelgesetz hervorgegangenen beschränkte sich nach §§. 6. 7. der Flavische Klagspiegel), höchstens auch noch einige seltenere Actionen aus den zwölf Tafeln selbst, welche Cn. Flavius übergangen haben konnte, jedenfalls aber nicht auch Interdictsformulare, weil diese kein ius und aus den damals schon ausgestellten Edicten der Prätoren zu ersehen waren. Sie enthielt aber auch weiter nichts als diese Formulare, wenigstens giebt Pomponius keinen weiteren Inhalt an, und nur für eine solche Formularsammlung, die man auf dem Forum aufstellen konnte, nicht für ein eigentlich schriftstellerisches Werk, eignet sich der ähnlich auch von dem ius civile Flavianum gebrauchte Ausdruck librum populo dedit. Die Tripertita dagegen

bezogen sich lediglich auf die zwölf Tafeln und gaben die einzelnen Gesetze dieser selbst, bei jedem eine Interpretation und dann ohne Zweifel aus dem ius civile Flavianum die dazu gehörige legis actio. Diesem ganz verschiedenen Inhalt entsprach denn auch der ganz verschiedene Titel ius Aelianum und Tripertita. Der erstere bezeichnet eine unmittelbare, feststehende Rechtsquelle (ius), wie beim ius civile Papirianum und Flavianum, und rührte nicht vom Verfasser, sondern vom Volke her. Man nannte die Sammlung aber nicht mehr ius civile, sondern ius schlechthin, ohne Zweifel weil ius civile seitdem schon einen etwas andern Sinn erhalten hatte. Während nehmlich die damit überhaupt stets bezeichnete Thätigkeit der Rechtsgelehrten, insofern sie als objective Rechtsquelle erscheint, früher bloß in der Composition — zuerst nur von Gesetzen, dann auch von Formularen, welche von den Prudentes selbst verfaßt waren, bestanden hatte, war der Ausdruck nach weiterer Vergeistigung der Jurisprudenz zu Aelius' Zeit schon auf die interpretatio übergegangen, worauf ihn auch Pomponius, gleichsam anticipando aus dem Sinne dieser spätern Zeit sprechend und ius civile von den legis actiones unterscheidend, in §. 5. und 6. bezieht, namentlich in den Worten: Et ita eodem pene tempore tria haec iura nata sunt: leges XII tabularum, ex his fluere coepit ius civile (d. h. nach §. 5. die interpretatio prudentium in der disputatio fori): ex iisdem legis actiones compositae sunt. Vgl. auch §. 8. und 12. So nannte man denn die Aeli'sche

Formularsammlung nur mit einem allgemein an die gewohnte Benennung früherer ähnlicher Sammlungen sich anschließenden Namen ius Aelianum.

Das ius civile der jetzigen Zeit objectivirte sich dagegen zum ersten Male in der andern Arbeit des Aelius, den Tripertita, einem ganz schriftstellerischen Titel, den auch ein Stück des Nävius oder vielmehr Novius trug (Non. 3, 162. 12, 1.); denn in diesem, auch nicht mehr sowohl für das Volk als für die Sachverständigen bestimmten, ersten eigentlichen Buche eines Juristen wurde das juristische Wissen der damaligen Zeit, welches hinsichtlich seiner geistigen Seite bisher nur in der disputatio fori bestanden hatte, auf ähnliche Weise schriftlich vergegenständlicht, wie es früher auf niedrigeren Stufen mit dem Recht selbst und seiner Erscheinung im Proceß theils durch das ius civile Papirianum und das Zwölftafelgesetz, theils durch das ius civile Flavianum geschehen war. So faßt das Buch auch Pomponius auf, indem er es die Wiege der Jurisprudenz nennt. Doch wird er eben deßhalb nicht, wie wir in unsern Handschriften lesen: qui liber veluti cunabula iuris continet, sondern qui liber veluti cunabula i. c. (d. h. iuris civilis) continet geschrieben haben, wovon das c wegen des folgenden continet von den Abschreibern als irrig geminirt weggelassen wurde. Man vergleiche nur die mit dieser offenbar in innerer Verbindung stehenden beiden folgenden Stellen: §. 39. Post hos fuerunt Publius Mucius et Brutus et Manilius: qui fundaverunt ius civile; §. 41. Post hos Quin-

tus Mucius, Publii filius, Pontifex Maximus, ius civile primus constituit, generatim in libros decem et octo redigendo. §. 44. Is (Ofilius) fuit Caesari familiarissimus et libros de iure civili plurimos et qui omnem partem operis fundarent reliquit.

Unter den tres alii libri des Sex. Aelius können an sich eben so wohl drei verschiedene Werke als drei Bücher eines Werkes verstanden werden. Gewiß aber ist das Letztere anzunehmen. Wenn auch nicht derselbe, welcher die Tripertita verfaßte, Urheber dieser Bücher sein sollte, so wäre es doch höchst unwahrscheinlich, daß schon einer der Ersten, welcher überhaupt wissenschaftlich über das Recht schrieb, es in mehrfachen Werken gethan haben sollte. Cicero de orat. 1, 56. (1.) erwähnt commentarii Sex. Aelii als juristisches Buch. Ohne Zweifel sind diese mit den tres libri identisch. Die Form der commentarii war damals bei den Römern *in andern* Anwendungen, namentlich als Notiz- und Erinnerungsbücher der Priesterthümer, Magistrate und vornehmer Familien längst gebräuchlich, so daß es am nächsten lag, auch juristisch Merkwürdiges zuerst in dieser Form aufzuzeichnen. Auch schrieb der nachher zu erwähnende jüngere M. Porcius Cato, einer der nächsten juristischen Schriftsteller nach Sex. Aelius, nur solche commentarii iuris civilis (Fest. v. Mundus), auf die sich das Citat des Paulus L. 4. §. 1. D. de verb. obl. (45, 1.) Cato libro 15. scribit bezieht und die bei Gell. 13, 19. egregii de iuris disciplina libri heißen; denn commentarii (ursprünglich commentarii

libri) und libri ist identisch, wie wir auch aus andern Beispielen außer den vier Büchern der Institutionen des Gaius wissen.

Offenbar verderbt sind aber die Worte, welche unmittelbar nach der Notiz, daß Einige diese Bücher dem genannten Sex. Aelius Catus absprachen, folgen: Hos sectatus ad aliquid est Cato. Deinde Marcus Cato etc. Noch am erträglichsten bezieht Majansius (Comm. ad XXX ICt. fragm. T. II. p. 81.) hos auf die drei Bücher. Aber was soll sectari ad aliquid libros heißen? Die eigenen einigermaßen nach ihnen einrichten? sich einigermaßen nach ihnen bilden? oder sie in einigen Stücken tadeln? Alles dieses verstand sich von selbst, da noch so wenig Bücher über das Recht vorhanden waren, und mußte offenbar noch mehr von den Tripertita gelten. Dann aber kann Cato hier nicht oder wenigstens nicht so und nicht ohne Angabe, ob der Vater oder der Sohn gemeint sei, erwähnt werden, da unmittelbar darauf ein ganz selbstständiger Uebergang zu den Catonen gemacht wird. Eben diese Bedenken haben denn ohne Zweifel auch viele Abschreiber zu der gewaltsamen Kritik veranlaßt, zu setzen: Hos sectatus est deinde ad aliquid Marcus Cato, wie die Vulgata hat, oder auch noch deinde zu streichen, welches wenigstens bei Haloander fehlt.

Wahrscheinlich aber stand ursprünglich geschrieben:

quos tamen quidam negant eiusdem esset (d. h. esse, set) hos sectati ad aliquid eli Cati (d. h. Aelii Cati). Deinde Marcus Cato etc.

Wie leicht hieraus die verderbte Lesart der Florentina hervorgehn konnte, sieht jeder. Insbesondere war die Veränderung Cato statt Cati eine natürliche Folge davon, daß der Beiname Catus zu Anfang der Stelle verloren gegangen war, während jeder die Catonen kannte und sie gleich darauf folgten. Umgekehrt wird auch die Redeweise, daß in dem folgenden Satze aus negant im Vorhergehenden ein aiunt zu entnehmen ist, zu ihrer Rechtfertigung nicht erst der Verweisung auf ähnliche Stellen bedürfen, wie Cic. de offic. 3, 2. qui negant, eum locum a Panaetio praetermissum, sed consulto relictum, wo man C. Beier nachsehen kann.

Zur Bestätigung unserer Conjectur dient aber besonders das negant eiusdem esse, statt dessen es bloß eius hätte heißen müssen, wenn nicht der Gegensatz eines andern Aelius Catus gefolgt wäre. Der Sinn ist übrigens klar. Einige schrieben diese Bücher *einem* gleichnamigen andern Aelius zu, der jenen Erstgenannten, die als Juristen ersten Ranges anerkannt waren, einigermaßen nachgestrebt hatte.

In dem, was Pomponius darauf von M. Porcius Cato dem Vater und dem Sohne sagt, darf das Fehlen des Verbums fuit zu Deinde Marcus Cato nicht auffallen. Eben so hat er auch sonst geschrieben, z. B. §. 37. Deinde Quintus Mucius, qui etc. §. 40. Pansae auditor, qui et ipse consul. Fehlerhaft sind aber wieder die Worte sed plurimi filii eius, ex quibus caeteri oriuntur. Plurimi bildet zum Vorhergehenden keinen Gegensatz und nirgends sonst führt Pom-

ponius Verwandte an, ohne wenigstens Einen Namen hinzuzufügen. §. 47. Nervae successit Proculus; fuit et Nerva filius — und später: patri Celso Celsus filius. Vgl. auch §. 40. 41. Hier wird also Pomponius geschrieben haben sed plur. Mi. filii eius, d. h. sed plures Marci filii eius. Seine Nachricht, daß auch vom alten Cato Bücher über das Civilrecht, vermuthlich auch commentarii, vorhanden gewesen seien, mit Drumann Gesch. Roms Bd. 5. S. 142. wegen Kürze der Notiz zu verwerfen, haben wir um so weniger Grund, als auch Cic. de senect. 11. ihn sagen läßt, daß er sich in seinem Alter mit dem Civilrecht beschäftige und seine ausgezeichnete Kunde des Civilrechts sonst mehrfach bezeugt wird (Cic. de orat. 1, 37. 3, 33. Liv. 39, 40. Valer. Max. 8, 7. §. 1. Quintil. 12, 11. Nep. vit. Cat. 3.). Daß aber das Werk seines Sohnes wenigstens 15 Bücher enthielt, ist oben schon erwähnt. — Die Schlußworte ex quibus caeteri oriuntur sind wohl richtig [1]) und werden nur, zum Theil aus Anlaß einer falschen Interpunction, unrichtig gedeutet, wenn man sie, wie Majansius thut, entweder von den übrigen Juristen als geistigen Söhnen dieser beiden Catonen oder von den übrigen juri-

---

1) Fände sich eine Stütze dafür in den Handschriften, so würden wir freilich lieber lesen: ex quibus c̄mtari (commentarii) teruntur, d. h. unter welchen Schriften des jüngern Cato dessen Commentarien noch jetzt fleißig gelesen werden. Aehnliches bemerkt Pomponius auch von andern Büchern §§. 36. 39. 42. 43. 45. 46.

stischen Büchern, die aus denen des jüngern Cato hervorgegangen seien, versteht. Sie beziehen sich vielmehr nach Cuiacius' und Bynkershoek's richtiger Auslegung auf die übrigen von den beiden erwähnten abstammenden Catonen. Dieses wird deutlicher, wenn man so liest:

> Deinde Marcus Cato, princeps Porciae familiae, cuius et libri exstant; sed plures Marci filii eius: ex quibus caeteri oriuntur.

Alle berühmten spätern Catonen stammten nämlich von diesen beiden auch als Juristen berühmten, also auch sämmtlich von Cato Censorius ab, theils durch dessen schon erwähnten ältern Sohn von der Licinia, theils durch seinen Sohn zweiter Ehe mit der Salonia (Drumann a. a. O. S. 149 flg.), und es war angemessen, dieses zu erwähnen, da Pomponius den ältern Cato als princeps Porciae familiae bezeichnet hatte und bei ihm jeder auch an die spätern Sprößlinge dieser Familie, besonders den berühmten Uticensis, dachte. Eben so bezeichnet er §. 40. den Juristen Sex. Pompeius als des berühmten Cn. Pompeius Vatersbruder.

II.

Die Jurisprudenz, welche in den Tripertita des Sex. Aelius gleichsam noch in der Wiege gelegen hatte, erreichte ihre Mannbarkeit durch Aulus Ofilius. Er soll nach der Aufzählung der zehn Schüler des Servius Sulpicius in L. 2. §. 44. D. de orig. iur., welche so anfängt: Alfenus Varus Caius Aulus Ofi-

lius, zwei Vornamen Gaius und Aulus gehabt haben; wenigstens ist dieses die herrschende und unter den früher aufgestellten auch wohl noch die plausibelste Ansicht (vgl. Dittmar de nomine Gaii p. 53.), nach welcher auch Schrader in dem Specimen seiner Pandektenausgabe (Berol. 1837 p. 9.) das Komma hinter Varus gesetzt hat. Auch ihr steht aber entgegen, daß aus dieser ältern Zeit kein Beispiel eines doppelten Vornamens derselben Person sich nachweisen zu lassen scheint. Dirksen's Vorschlag endlich, nach der Königsberger Handschrift Gallus zu lesen, unter welchem Sex. Aelius Gallus (denn Aquilius war älter und schon §. 42. erwähnt) zu verstehen sei, und nachher decem in undecim zu verwandeln, scheitert daran, daß nirgends Sex. Aelius, ganz gewöhnlich aber Aquilius Gallus von den Römischen Juristen Gallus schlechthin genannt wird. Wir glauben daher, daß auch hier Caius aus Catus corrumpirt und dieses ein Agnomen des Alfenus Varus gewesen sei, den er seiner ausgezeichneten Rechtskunde, wie dieser wieder sein Emporkommen verdankte und wodurch er vielleicht von seinem sonst auch berühmten Sohne unterschieden wurde. Dieser Zuname kommt zwar sonst bei seinem selten erwähnten Namen nicht vor. Aber Horat. Sat. 1, 3. v. 130. scheint darauf anzuspielen: ut Alfenus faver, omni Abiecto instrumento artis, clausaque taberna Sutor erat, wozu Acron bemerkt: Urbane satis Alfenum Varum Cremonensem deridet, qui abiecta sutrina, quam in municipio suo exercuerat, Romam venit, magistroque usus Sulpicio

Iurisconsulto ad tantum pervenit scientia, ut et consulatum gereret et publico funere efferretur. Die innern Gründe, mit denen Otto (Thesaur. V. p. 1642) die Richtigkeit dieser Erklärung des Scholiasten zu bestreiten sucht, sind wenigstens für mich nicht überzeugend.

Doch mehr als der Name des Ofilius interessirt uns, was Pomponius §. 44. von seinen Schriften sagt:

> Ofilius in equestri ordine perseveravit. is fuit Caesari familiarissimus, et libros de iure civili plurimos et qui omnem partem operis fundarent, reliquit: nam de legibus vicesimae primus conscripsit, de iurisdictione, idem edictum praetoris primus diligenter composuit: nam ante eum Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit.

So hat Schrader im Ganzen übereinstimmend mit der Florentina und Vulgata herausgegeben.

Nachdem schon früher Dirksen (Civ. Abh. Bd. I. S. 333.) auf den passenden Sinn aufmerksam gemacht hatte, den die Lesart der Königsberger HS. de legibus XXI conscripsit gebe, wenn man dazu libros ergänze, hat kürzlich Sanio (Rechtshist. Abh. S. 78.) die Vermuthung aufgestellt, der ursprüngliche Text habe etwa gelautet: de legibus viginti oder besser (?) vicenos libros primus conscripsit, woraus leicht vicensimae primus hätte hervorgehen können. Derselbe hat sich auch das Verdienst erworben, einerseits die Bedenken hervorzuheben (S. 77.), welche sich gegen die gewöhnliche Les-

art erheben — daß nämlich nur Eine lex vicesima hereditatum und zwar erst vom J. 759 existirt habe, und wenn man auch noch die vicesima manumissionum oder andere unbekannte ähnliche vicesimae hinzunehmen wollte, die Anführung einer Schrift darüber nicht als Beleg zu den Worten libros de iure civili plurimos et qui omnem partem operis fundarent dienen könne — andererseits auf den offenbaren Zusammenhang hinzuweisen, in welchem nach der richtigen Lesart diese aus 20 Büchern bestehende Schrift des dem Cäsar nach Pomponius so nahe befreundeten Ofilius mit einem Project des Ersteren stehe, wovon Sueton Caes. 44. Folgendes berichtet:

> Ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros (destinavit).

und Isidor. Orig. 5, 1. §. 5. offenbar aus einer andern aber auch guten Quelle, da Cäsar bekanntlich einen Ehrgeiz darein setzte, Pompeius in allen Stükken zu übertreffen:

> Leges autem redigere in libris primus consul Pompeius instituere voluit, sed non perseveravit, obtrectatorum metu. Deinde Caesar coepit id facere, sed ante interfectus est.

Zur Ausführung dieses Plans, fährt Sanio fort, der dahin gegangen sei, eine geordnete Sammlung der noch praktischen leges und capita legum, hauptsächlich oder selbst ausschließlich der das ius publicum betref-

senden zu veranstalten, habe sich Cäsar wahrscheinlich seines rechtsverständigen Freundes Ofilius bedient, und von diesem sei nach Cäsar's Tode das inzwischen vollendete Werk in jenen de legibus libri XX selbstständig bekannt gemacht worden.

Diese schöne Entdeckung Sanio's ist in der Hauptsache so offenbar richtig und zugleich für die Rechtsgeschichte in verschiedenen Beziehungen so interessant, daß es sich wohl der Mühe verlohnt, sie noch weiter zu begründen, zumal dieses Gelegenheit geben wird, in einigen Stücken eine richtigere Anwendung von derselben zu machen.

Den entscheidenden innern Grund gegen die gewöhnliche Lesart hat Sanio treffend hervorgehoben: ein Buch über leges vicesimae, ein so specieller Punct des Finanzrechts, konnte nicht neben den Büchern de iurisdictione und ad edictum als Beleg für die, das ganze Civilrecht begründende Schriftstellerei des Ofilius angeführt werden. Hinsichtlich der leges vicesimae hat Rudorff (Zeitschr. f. gesch. R.-W. Bd. 12. S. 386.) im weitern Verfolg der von Bachofen (die Lex Voconia §. 29.) aufgestellten Hypothese, daß die fünfprocentige Erbschaftssteuer zuerst durch die Lex Voconia eingeführt worden sei, die Ansicht ausgesprochen, jene Steuer sei später durch einen ohne Zweifel unter Ofilius' Mitwirkung ausgearbeiteten Gesetzesentwurf Cäsar's zu erneuern versucht worden, so daß man das Werk des Ofilius auf die Lex Voconia und diese Julia beziehen müsse. Allein nicht bloß diese letztere Ver-

muthung[2]), sondern auch die Bachofen'sche Hypothese entbehrt alles festen Grundes, indem die Stelle des Plinius, wonach auch die Lex Voconia zur Bereicherung des Fiscus diente, sich durch eine andere weit wahrscheinlichere Voraussetzung erklären läßt, die wir aber für einen andern Ort versparen müssen. Dem Gedanken Anderer an die vicesima manumissionum et hereditatum steht schon die fast abenteuerliche Verbindung nach Zeit, Gegenstand und Art so ganz verschiedener, nur in dem zufälligsten Umstande der gleichen Tantieme zusammentreffender Steuern entgegen, und daß es dann vicesimarum hätte heißen müssen. Endlich aber kommt auch weder lex vicesimae schlechthin (ohne he-

2) Wie zum Theil schon Schrader ad h. l. bemerkt, ist es höchst unwahrscheinlich und sonst ohne Beispiel, daß ein Jurist einen bloßen Gesetzesentwurf und noch dazu mit einer andern lex perlata zusammen sollte commentirt haben. Dazu kommt noch, was Dio Cass. 55, 25. erzählt: Augustus habe 759 die lex vicesimaria gegeben ὡς καὶ ἐν τοῖς τοῦ Καίσαρος ὑπομνήμασι τὸ τέλος τοῦτο γεγραμμένον εὑρών. ἐσῆκτο μὲν γὰρ καὶ πρότερόν ποτε, καταλυθὲν δὲ μετὰ ταῦτα, αὖθις τότε ἐπανήχθη. Augustus behauptete also als etwas von ihm Entdecktes, daß diese Steuer schon in Cäsar's Commentarien als projectirt vorkomme — eine Unmöglichkeit, wenn Ofilius über den Julischen Entwurf eine Schrift herausgegeben hatte, der Plan also schon allgemein bekannt war. Die Sache hing vielmehr so zusammen. Nach Appian 5, 67. hatten die Triumvirn im J. 714 durch Edict auch eine Erbschaftssteuer als außerordentliche Abgabe eingeführt. Hierauf bezieht sich Dio's Schlußsatz. Wie aber Antonius bekanntlich alle Maaßregeln, welche er durchsetzen wollte, in Cäsar's Commentarien gefunden zu haben vorgab (Cic. Phil. 2, 38. 39.), so wird er das auch bei dieser Gelegenheit nicht unterlassen haben, und aus dieser Zeit stammte Augustus vorgebliche oder wirkliche Entdeckung.

reditatum) noch lex vicesimae vor, sondern nur lex vicesima hereditatum (Gai. 3, 125. Inscr. L. 13. D. de transact. [2, 13.] L. 37. D. de religios. 11, 7.), allerdings ein barbarischer, aber ächter Ausdruck, wie condictio indebita, causa data, causa non secuta u. dgl. m.[3]), und jedenfalls nicht mit Gronov. de pec. vet. 3, 13. p. 218. in vicesimae zu ändern, da lex alicuius vectigalis nicht das Gesetz über dasselbe, sondern die Bedingungen der Verpachtung desselben bedeutet. Aus eben diesem Grunde ist auch die Ansicht derer zu verwerfen, welche unter leges vicesimae die über diese Steuer abgeschlossenen Stipulationen und Verträge verstehen wollen (vgl. Schrader ad h. l.). — So viel zur Verstärkung der innern Gründe Sanio's.

Ganz unbefriedigend ist aber, was derselbe zur Herstellung der richtigen Lesart und zu deren diplomatischer Begründung beibringt. Schrader führt außer der Flor. de legibus vicensimae primus conscribit, de iurisdictione und der offenbar kritisch zurechtgemachten Haloandrina: de legibus vicensimae et de iurisdictione primus conscripsit für die bestrittenen Worte folgende Lesarten aus Handschriften an: cod. 1.: de legibus ante eum; cod. 15.: de legibus librum; cod. 6.: def. eum (was wohl die Lesart de legibus ante bezeichnet). Codd. 14.

3) Die Griechen gingen noch weiter in der Abkürzung, indem sie die Bücher des Macer zu der lex de vicesima hered. εἰκοστά nannten, wie die des Gaius zu den zwölf Tafeln δωδεκάδελτα und viele andere ähnliche.

Xant.: vicesimus. Regiom.: XXI. Außerdem variiren die HSS. zwischen conscribit und conscripsit. Hiernach war die ursprüngliche Lesart, welche alle Corruptelen erklärt, ohne Zweifel: de legibus XX L. conscripsit, d. h. de legibus XX libros conscripsit: wovon die Auflösung des L in das Wort liber sich noch in cod. 15. erhalten hat. Da aber liber gewöhnlicher LIB. abgekürzt wurde, so sah man das L bald für I an, wie es die Königsberger HS. giebt, und daraus machte man bald primus, wie andere Abschreiber aus XX vigesimus oder vicesimae (da die Erbschaftssteuer auf Inschriften ganz gewöhnlich XX hered. bezeichnet wird). Wieder andere aber corrumpirten das vielleicht undeutlich geschriebene XX L. in ante, oder ließen es ganz weg; eum aber scheint in Verbindung mit ante aus cum, dieses aus c, der Wiederholung des folgenden ersten Buchstabens von conscripsit, entstanden und dabei eben so wie für primus das nachher folgende idem praetoris edictum primus diligenter composuit; nam ante eum Servius etc. zum Muster genommen worden zu sein. Eine ähnliche Verderbniß der Sigle L zunächst in I, das man dann primum auflöste, enthält bei Pomponius selbst §. 36.: hunc etiam actiones scripsisse traditum est primum de usurpationibus, qui liber non exstat, wo zu restituiren ist: libro de usurpationibus; denn wie sinnlos hier primum ist, bedarf keiner Erörterung.

Weiterhin ist aber auch noch hinter de iurisdictione eine Zahl ausgefallen, die sich ohne HSS. nicht resti-

tuiren läßt. Dieses wird durch das Fehlen einer Copula vor de iurisdictione, wie es scheint, in allen HSS., indicirt, und Pomponius mußte auch die Belegung seiner Behauptung, daß Ofilius libros de iure civili plurimos geschrieben habe, bei den ersten beiden Werken durch Angabe ihrer Bücherzahl vervollständigen. Auch unterläßt er bei den übrigen Juristen, welche nach ihm ius civile fundaverunt oder constituerunt, es nicht, die Zahl ihrer Bücher anzugeben. §§. 39. 41. Bei dem dritten Werk war die Angabe theils unnöthig, weil er dessen Umfang durch die Bemerkung edictum diligenter composuit und den Gegensatz zu den perquam brevissimi duo libri ad edictum des Servius Sulpicius hinlänglich charakterisirte, theils auch unmöglich, wenn er ohne Weitläuftigkeit und doch mit richtigem Ausdruck die ihm wichtigere Bemerkung, daß Ofilius dieses zuerst gethan habe, beibringen wollte.

Wie ist nun aber Inhalt und Beschaffenheit der drei Werke des Ofilius zu denken? Für diese Frage müssen offenbar die Worte des Pomponius *libros de* iure civili plurimos et qui omnem partem operis fundarent, und die des Sueton ius civile ad certum modum redigere etc. zur Norm dienen. Mit derselben scheint es nun im Widerspruch zu stehen, wenn Sanio annimmt, die Bücher de legibus hätten sich hauptsächlich oder gar ausschließlich auf das ius publicum bezogen. Ius civile im gewöhnlichen Sinne ist das jeden Bürger angehende Recht, worüber man vom Iurisconsultus sich Raths erholt, also hauptsächlich das

im den Gerichten vorkommende, das Privatrecht, wie schon Cicero es definirt (Top. 2.) und überall, oft im Gegensatz zum ius pontificium, augurium, fetrale, praediatorium u. s. w. versteht. Man vergleiche die Stellen bei Nizolius s. v. ius und Orell. Ind. formul. Oper. Cic. T. VIII. p. 395. Eben dieser vorzugsweise privatrechtliche Theil des ganzen im Staate geltenden Rechts bildet den Gegenstand des opus schlechthin, der juristischen Fachwissenschaft, so daß, wenn man auch noch das ius publicum in Betracht zieht, der Ausdruck utrumque opus (unten §. 46.) gebraucht wird. So waren es also, wenn auch nicht ausschließlich — da hier eine so scharfe Gränze nicht gezogen werden kann — doch vorzüglich die privatrechtlichen leges, die Zwölftafelgesetze mit ihrer legislativen Fortbildung, welche Ofilius in seinem Werk berücksichtigte, und höchstens fügte er noch die leges de publicis iudiciis hinzu, weil auch dieser Rechtstheil damals schon eine gewisse principielle Festigkeit erlangt hatte und zu dem täglich in den Gerichten verhandelten, jeden Bürger angehenden Rechte gehörte, aus welchem Grunde auch Justinian in seinen Institutionen gegen das streng privatrechtliche System des Gaius das Criminalrecht als Anhang aufnahm. Zur Unterstützung dieser Ansicht dient noch zweierlei. Erstens konnte Cäsar, der Stifter einer neuen Staatsordnung, die auf den Trümmern des alten ius publicum eingerichtet werden sollte, wohl ein Interesse daran haben, die Kenntniß und Benutzung der privatrechtlichen Gesetze durch ein Sammelwerk zu erleichtern;

denn damit erwarb er sich, Pompeius auch in diesem Stück überflügelnd [4]), ein gefahrloses Verdienst um Jedermann, und trug dazu bei, das Interesse der Bürger auf diejenige Rechtssphäre zu beschränken, die er fortan vornehmlich von ihnen beachtet zu sehen wünschte. Schwerlich konnte ihm aber in seiner Stellung daran gelegen sein, einen Codex des öffentlichen Rechts verfassen zu lassen, d. h. dem Volke seine alten Rechte vor Augen zu legen, die er eben in Vergessenheit bringen wollte. Zweitens läßt es sich wohl denken, daß Ofilius die, das eigentliche ius civile betreffenden leges, so groß auch deren Menge war, durch Beschränkung auf „optima quaeque et necessaria" in zwanzig Büchern zusammenfaßte. Kaum vorstellbar aber ist es bei dem gewöhnlichen Umfange der libri Römischer Schriftsteller, daß er die unendlich zahlreichern und umfänglicheren Gesetze über Gegenstände des *öffentlichen Rechts* in einen so compendiösen und doch noch befriedigenden Auszug hätte bringen können. Man denke beispielsweise

4) Die Notiz des Isidorus über Pompeius' Absicht in seinem Consulat ist nicht unwahrscheinlich, wenn auch sonst nicht weiter bezeugt. Es ist ohne Zweifel Pompeius' drittes Consulat (im J. d. St. 702) gemeint, wo er corrigendis moribus delectus (Tacit. A. 3, 28. vgl. Liv. ep. 107.) als einziger Consul statt eines Dictators mehrfache allgemeine Maaßregeln zur besseren Handhabung der Justiz ergriff. Dio 40, 52. Ascon. in argum. Milon. Vgl. Drumann Geschichte Roms Bd. 2. S. 350 flg. Hiernach mag aber Pompeius' Plan allerdings *ein* etwas anderer und beschränkterer gewesen sein, als der spätere des Cäsar; denn er wird nach dem Bedürfniß des Augenblicks hauptsächlich leges de criminibus im Sinne gehabt haben.

nur an die Masse von leges de agro publico mit Einschluß derer über die Colonien, von denen der größte Theil noch praktisch war, und doch war dieses nur eine unter sehr vielen und eben so wichtigen Seiten des durch leges bestimmten Staatslebens der Republik.

Bezog sich nun das Werk des Ofilius vorzüglich auf die privatrechtlichen leges, so wird er diese im Ganzen dem von Sueton berichteten Plane Cäsar's entsprechend behandelt haben. Ohne Zweifel befolgte er also zunächst eine systematische Ordnung nach Materien und ließ dann erst die einschlagenden Gesetze der Zeit nach auf einander folgen, wahrscheinlich mit kurzen Bemerkungen über den Gegenstand, die Veranlassung, den Rogator und das Verhältniß des spätern Gesetzes zu dem frühern. Abgeschaffte Gesetze wurden nur erwähnt, bei den noch praktischen bloß die dispositiven Worte eingeführt, und auch darunter die größtentheils unpraktisch gewordenen Sanctionen weggelassen. Auch Bemerkungen über den Inhalt mögen hin und wieder angeknüpft worden sein, längere Commentare aber gewiß nicht; denn es war ein Unterschied, ob man de legibus oder ad leges schrieb, der Text oder die Erläuterung die Hauptsache sein sollte. Daß für einen zuverlässigen Text der aufgenommenen Kapitel gesorgt und dafür die Originalurkunden der Gesetze benutzt wurden, läßt sich voraussetzen. Cicero (de legib. 3, 20.) klagt: Legum custodiam nullam habemus: itaque hae leges sunt, quas apparitores nostri volunt: a librariis (den Buchhändlern) petimus, publicis literis consignatam

memoriam publicam nullam habemus. Graeci hoc diligentius, apud quos νομοφύλακες creantur; nec hi solum literas (nam id quidem etiam apud maiores nostros erat) sed etiam facta hominum observabant ad legesque revocabant. Gewiß ging also Cäsar's Absicht auch dahin, eine Sammlung mit officiellem Texte zu geben, aus der z. B. solche Irrthümer, wie Gai. 4, 24. einen anführt, berichtigt werden konnten, und Ofilius wird von diesem Plane nicht abgegangen sein. Ein solches Werk mußte nun ungeachtet seiner Trockenheit dem Juristen doch sehr willkommen sein. Es war recht eigentlich eine fundatio des einen Haupttheils des geltenden Civilrechts, des ius legitimum, und gewiß haben die spätern Juristen das, was sie aus ältern leges anführen, größtentheils aus diesem Werke geschöpft. Daß es aber doch nirgends citirt wird, erklärt sich viel besser aus der Natur einer bloßen Sammlung, als, wie Sanio (S. 81.) will, daraus, daß es publicistische leges der ältern Zeit betroffen habe. Nur für Meinungen beruft man sich auf Auctoren.

Wie auch die erste sorgfältige Bearbeitung des Edicts — denn so werden wir den Ausdruck compositio edicti am entsprechendsten wiedergeben — von Pomponius als Beweis dafür angeführt werden konnte, daß die Bücher des Ofilius omnem partem operis wissenschaftlich begründeten, bedarf keiner Erläuterung; denn es ist bekannt, daß das ius honorarium damals die zweite Hauptart des Civilrechts war. Da übrigens

Pomponius als Gegenstand dieses Werks das Edict überhaupt nennt, und Ofilius auch in Commentarien zum ädilitischen Edict mehrfach angeführt wird (Sanio S. 111.), so dürfen wir annehmen, daß seine Bearbeitung sich auch auf das letztere erstreckt habe, besonders da die öftere Besorgung der Jurisdiction der Aedilen durch die Prätoren, welche zuerst zu der spätern völligen Vereinigung ihres Edicts mit dem prätorischen (Zimmern Rechtsgesch. Bd. 1. §. 40. Anm. 38.) geführt zu haben scheint, schon unter den Triumvirn vorkam (Dio 49, 16., vgl. 53, 2.). Die entgegengesetzte Ansicht Sanio's (S. 85.) scheint weniger Grund zu haben.

Schwierig ist aber die Bestimmung des Zwecks und Inhalts des Werks de iurisdictione, des einzigen uns bekannten aus der Römischen Jurisprudenz, welches diesen Titel führte. Sanio (S. 88.) geht davon aus, daß Ofilius in L. 11. §. 2. D. de iurisdict. (2, 1.) einmal von Gaius bei Gelegenheit der Frage, wie das Streitobject zu bestimmen sei, wenn von dessen Betrage die Competenz eines Magistrats abhänge, angeführt wird, und glaubt, daß der Inhalt der Schrift dem der Lex Rubria für die Städte der Gallia cisalpina und der ersten Bücher der spätern Edictscommentare wenigstens theilweise entsprochen, zugleich aber auch wohl auf die Jurisdiction des Prätor peregrinus Rücksicht genommen und so gleichsam zur Ergänzung der auf das Edict des Prätor urbanus beschränkten Schrift ad edictum gedient habe. Von dem letzten Zusatz abgesehen, der uns

ganz unbegründet scheint, wollen wir die Wahrscheinlichkeit dieses Inhalts nicht geradezu bestreiten. Allein einen sichern Ausgangspunct für die ganze Frage bietet doch nur die Stelle des Pomponius und der Titel der Schrift dar. Aus jener müssen wir schließen, daß dieses Buch mit den andern beiden zusammen omnem partem operis begründet habe und auch von bedeutendem Umfange gewesen sei. In der letzteren Beziehung kann außer den 20 Büchern de legibus zum Maaßstabe dienen, daß noch ein anderes Werk des Ofilius de actionibus (wahrscheinlich in dem allgemeinen Sinne von Rechtsgeschäften) wenigstens aus 16 Büchern bestand (L. 3. §§. 5. 8. D. de penu leg. 33, 9.) und in L. 55. §§. 1. 4. 7. D. de leg. 3. auch Ofilius lib. V. iuris partiti citirt wird. Doch führte Pomponius diese beiden Bücher gewiß auch nur deßhalb nicht an, weil sie nicht partem operis fundabant; denn das erstere betraf doch nur einen speciellen Gegenstand, über den auch schon frühere Juristen, wie Ap. Claudius, Hostilius und Manilius, geschrieben hatten, und hinsichtlich des letzteren war das Verdienst der Begründung einer systematischen Behandlung des Civilrechts von Q. Mucius bereits vorweggenommen. Berücksichtigt man nun den vorauszusetzenden Umfang der Schrift de iurisdictione, ihre Nebenordnung zu den Büchern de legibus und ad edictum und das, was der Titel de iurisdictione selbst ergiebt: so dürfen wir wohl als Plan des Ofilius annehmen, in ihr alles dasjenige zusammenzufassen, was der Jurist noch außer dem materiellen

Recht eben so nothwendig wissen muß, d. h. die Grundsätze über die zur Durchsetzung der Rechte vor der Obrigkeit dienenden Handlungen. Er wurde also mit dieser Schrift, wie wir es etwa ausdrücken würden, der Begründer der Civilprozeßtheorie. Später ging man auf dieser Bahn nicht fort, ohne Zweifel, weil die so vereinigten Theile nach der unmittelbar darauf eingetretenen weiteren Entwickelung der Rechtsquellen und der Jurisdictionsverhältnisse, besonders in Folge der Scheidung der alten Magistrate und der neuen Präfecti, des ordentlichen und des außerordentlichen Verfahrens nur auf gezwungene Weise noch hätten zusammengefaßt werden können. Vielmehr behandelte man diesen Stoff nun in verschiedenen Werken zerstreut, theils in den Commentaren zum Edict, theils in den systematischen Werken über das Civilrecht (besonders des ius, quod ad actiones pertinet), theils in Schriften über die Amtspflichten der verschiedenen Behörden, z. B. de officio proconsulis, praesidis, quaestoris, de omnibus tribunalibus: und jene Duplicität des Staats der Kaiserzeit hat bis zum Ende derselben den wissenschaftlichen Gedanken nicht wieder aufkommen lassen, den auch Ofilius nur fassen konnte, weil er am Ende einer ähnlichen Entwicklung des ältern Staats stand.

Ueberhaupt erklärt sich nur hieraus die offenbar sehr bedeutende Erscheinung dieses Schriftstellers. Mit dem alten Staat hatten auch die Legislation und das Edicieren seiner Magistrate als aus dessen eigener Kraft schaffende Organe des Civilrechts sich erschöpft und ihre

natürliche Endschaft erreicht. Zugleich war das Gerichtswesen der Republik, wie die lex Iulia iudiciaria zeigt, zum Abschluß gekommen. Ueber der vollendeten That konnte sich nun die Reflexion erheben, und wie Cäsar selbst durch die errungene neue subjective Souveränetät der Universalerbe der in ihm sich indifferenzirenden Macht des Volks und der Magistrate wurde, so bemächtigte sich der wissenschaftliche Geist seines Freundes des ganzen bisher aufgehäuften Materials der Rechtsnormen, um sie nach ihren drei Hauptrichtungen zum Eigenthum der subjectiven Wissenschaft zu machen. Man braucht weder mit Heineccius zu glauben, daß Ofilius auch sein Edictswerk auf Cäsar's Antrieb geschrieben habe, noch dasselbe für seine Schrift de iurisdictione anzunehmen, und wird doch mit innerer Wahrheit sagen können, daß Ofilius der Tribonian der Republik, Tribonian der Ofilius des Römischen Kaiserreichs bei seinem Uebergange in das Byzantinische Reich gewesen sei. Wenigstens springt die Analogie zwischen den Büchern de legibus und den Pandekten und zwischen der compositio edicti und dem Constitutionen-Codex in die Augen.

VIII.

Die sogenannte Lex de Magistris Aquarum, eine altrömische Brunnenordnung.

Von

Rudorff.

I. Ueberlieferung.

Die barberinische Bibliothek in Rom enthält unter Nummer 1239 der Manuscripte eine Sammlung copirter Inschriften, welche der Kardinal Francesco Barberini, Neffe Urban's des Achten, mit Hülfe seines Bibliothekars Marini im siebenzehnten Jahrhundert angelegt, aber niemals veröffentlicht hat. In dieser Sammlung findet sich Seite 54. ein größeres Bruchstück einer altrömischen Lex, das sowohl sprachlich als rechtlich gleich merkwürdig ist. Es ist zuerst von Marini in den atti e monumenti de' fratelli arvali (1795) Tom. I. pag. 70. herausgegeben, nach diesem Abdruck von Dirksen in seinen Beiträgen zur Kunde des römischen Rechts (1825) Seite 216. 217. als Beilage der dritten Abhandlung (über die Anwendung der Formen des Civil-

prozesses auf Gegenstände des Strafrechts, nämlich auf Multä Dictio und Litis Aestimatio) mit einigen Ergänzungen und Erläuterungen dem juristischen Publikum mitgetheilt, und in eben dieser Gestalt auch in die Haubold'schen Monumente (1830) unter Nummer 36. aufgenommen, in welchen es überhaupt zuletzt im Druck erschienen ist. In der juristischen Litteratur hat es nur gelegentlich, bei dem Institut der Recuperatoren, einige Berücksichtigung, einen Wiederhersteller und Ausleger aber noch nirgends gefunden.

Da die Bronze oder der Stein, von welchem die barberinische Abschrift genommen ward, längst spurlos verschwunden ist, so können wir nur auf diese zurückgehen. Ihre Vergleichung mit dem Marinischen Text, der sich ein gelehrter Freund im April 1848 auf meine Bitte in Rom unterzogen, hat zu einigen, wenn auch nicht sehr wesentlichen Verbesserungen des letztern geführt, welche bei der unten versuchten Restitution benutzt und unter der beigefügten Tafel angemerkt sind. Die erheblichern Irrthümer, wie das sinnlose *quod quidquid* in der vierten, *iur. is sit* für iurassit in der sechsten, *rei p. erit is causa* für rei p. causa erit, is in der achten, *unoquotque* für unoquoque in der zwanzigsten, *sibi* für si ibi in der ein und zwanzigsten und *esse* für sese, vielleicht auch noch *iudicassit* für iurassit in der vorletzten Zeile, fallen entweder schon dem Arbeiter oder doch dem Abschreiber zur Last, welcher den Stein für die barberinische Sammlung copirte. An Fälschungen durch Pyrrhus Ligorius ist trotzdem nicht zu denken, daß

dessen Sammlung sich in Francesco Barberini's Händen befand. Die Erfindung des Ganzen übersteigt bei weitem Liguori's Kraft und das Einschieben sonst unbekannter Wörter, wie paticabulum, cretulentum, iniurare ist weniger in seiner Art. Man wird daher Forcellini beistimmen dürfen, wenn er unser Denkmal mehrfach für eine inscriptio optimae notae erklärt, obgleich er die Auslegung gerade der merkwürdigsten Wortformen derselben nicht versucht hat.

Diese Wortformen bieten zugleich den nächsten Anhalt für die Bestimmung des Alters unsers Monuments. Sie sind moderner als die der Lex Julia municipalis und Rubria aus den letzten Zeiten der Republik; ei zum Beispiel für i findet sich nirgends mehr. Doch steht noch ni, niue für ne neve (Serv. Aen. 3, 386.: antiqui ni pro ne ponebant, qua particula plenus est Plautus: ni mala ni stulta sis Men. 1. 2. 1.) — was aber auch noch in den Pisaner Cenotaphien für Lucius Cäsar (756, n. Chr. 4.) Z. 23. und Caius Cäsar (757, n. Chr. 5.) Zeile 28. 29. 31. vorkommt; ferner denuntiamino (wie profitemino in der Lex Julia municipalis), eben so gnatum, faxit, iudicassit, iurassit neben dem neuern denuntiarit, iniuraverit, iudicarint. Ich möchte daher schon aus diesem Grunde das erste Jahrhundert unserer Zeitrechnung, ja geradezu das augusteische Zeitalter als die wahrscheinliche Entstehungszeit unserer Urkunde annehmen, und hoffe, diese Vermuthung später auch durch sachliche Gründe unterstützen zu können.

Dieselben Gründe werden es zu wenigstens halber

Gewißheit erheben, daß Rom auch die Urkunde geliefert hat, deren Copie es bewahrt, und daß dort der Beschluß gefaßt wurde, den jene beurkundet.

Daß von diesem nicht nur die Einleitungsformel, sondern auch ein bedeutender Theil des Tenor am Anfang und am Schluß fehlt, lehrt schon ein flüchtiger Blick auf die beiden ersten Zeilen. Es ist daher viel zu gering angeschlagen, wenn die Herausgeber den Verlust am Anfang und Ende nur auf eine Zeile berechnen. Auch an den erhaltenen vier und zwanzig mittleren Zeilen fehlt auf der linken Seite fast ein Drittheil, welches von der Bronze oder dem Stein schon, als er für Francesco Barberini copirt wurde, abgebrochen gewesen sein muß. Denn das Ueberlieferte besteht überall nur aus den Schlußworten der gesetzlichen Sanctionen, deren einzelne Kapitel oder Absätze in den kurzen Zeilen mit Feststellung der Mult für den Uebertreter zu Ende gehen.

Ehe demnach die Wiederherstellung der Vorschriften versucht werden kann, welche durch diese Strafbestimmungen unserer minus quam perfecta lex gesichert werden sollten, ist der Gesammtcharakter des Acts aufzusuchen, aus dem sie hervorgegangen sind.

II. Charakter der Lex.

Die bisher über diese Frage geäußerten Meinungen begegnen sich nur in dem einen Punkte, daß sie unsere Lex sämmtlich für einen altrömischen Volksschluß nehmen.

In Ansehung des Zwecks und Inhalts dieses Volksschlusses aber scheiden sich drei Parteien.

Die erste hält ihn für eine „Lex Multatitia". Es ist nicht klar, was mit diesem Ausdruck gemeint ist. Multaticum aes, multatitia pecunia, multatitius servus ist ein Geldbetrag oder Sclav, welcher Jemandem auf den Grund einer Multä Dictio abgenommen wird [1]). In diesem Sinn würde eine Lex nie multatitia genannt werden können. Ist aber ein Gesetz über die Taxatio und Aestimatio, über das Maximum und den Geldwerth der Bußen gemeint, so steht dieser Ansicht entgegen, daß unser Gesetz nur einmal, in der zehnten Zeile, der Multä Dictio gedenkt, während es sonst überall gesetzliche Vermögensstrafen (poenae) anordnet, die zu den Multen den geraden Gegensatz bilden, und daß es sich auch noch mit andern Dingen, namentlich der Fähigkeit zum Amt eines Magister (magisterium) und der Jurisdiction desselben beschäftigt.

Diese Ansicht ist daher mit Recht schon von Dirksen verworfen worden. Allein die positive Behauptung, welche er an ihre Stelle setzt, kann eben so wenig gebilligt werden. Er ist nämlich geneigt, das ganze Gesetz auf gewisse Berechtigungen und Verpflichtungen der Steuerpächter zu beziehen. Auf dieses Ergebniß hat ihn die vierzehnte Zeile geführt, in welcher von einer Location (emptio) und der Beitreibung einer Abgabe unter

---

1) Livius 10, 23. 30, 39. L. 1. §. 1. C. Theod. de lib. causa 4, 8.

dem Namen cretulentum die Rede ist, die er mit einer in L. 15. de publicanis (39, 4.) erwähnten Verpachtung fiscalischer Schleifsteinbrüche (cotoriae) auf der Insel Creta in Verbindung bringt. Als sicheres Ergebniß der lückenhaften Urkunde nimmt er an, daß in Verfolg der Multa sowohl die Legis Actio als das Judicium Recuperatorium vorkommen konnte und daß in manchen Fällen die eine, in andern aber die zweite Art des Verfahrens zur Ermittlung des die Verwirkung der Strafsumme bedingenden Factums angewendet wurde. Es ist aber so wenig abzusehen, wie ein bloßer Magister, der Vorstand eines Bezirks oder einer Zunft [2]), dazu gekommen sein sollte, die Staatseinkünfte zu verpachten, als es gelingen möchte, im Verfolg der obrigkeitlichen Strafgewalt einen volksrechtlichen Schutz durch Legis Actio nachzuweisen.

Eine dritte Partei sieht in unserer Lex ein Gesetz über die Vorsteher der öffentlichen Wasserleitungen in Rom (magistri aquarum), ja sie erklärt es wohl geradezu für jene Lex Sulpicia rivalitia, nach welcher die Montani und Pagani in Rom das in die Stadt geleitete Wasser in Strahlen oder Röhren (siphis) unter sich vertheilen, und bis dieses geschehen die Magistrate die Aburtheilung (iudicatio) der Streitigkeiten über die aqua ex castello behalten sollen [3]). Allein die Magistrate der

2) Festus v. Magisterare moderari. Unde magistri non solum doctores artium, sed etiam pagorum, societatum, vicorum, collegiorum, equitum dicuntur, quia omnes hi magis ceteris possunt.

3) Festus v. Sifus *usurpatum est pro tub-is ipsis,*

Republik oder der Curator, welchem die öffentlichen Wasserleitungen anvertraut waren, sind keine Magistri, mithin kann sich auch das Recuperatorengericht, welches die Magistri nach Zeile 17 f. unsers Gesetzes niederzusetzen haben, nicht auf die öffentlichen Aquäducte Roms beziehen.

In der That ist unsere Lex kein Volksschluß, kein Gesetz, sondern ein Statut, die autonomische Bestimmung eines Collegiums und zwar eines collegium aquae. Die in demselben genannten Magistri aber bilden den Vorstand dieser Innung oder Genossenschaft.

Daß man dieses, ungeachtet der unwidersprechlichen Deutlichkeit, mit welcher es in der zweiten und dritten Zeile gesagt ist, anzuerkennen sich bisher geweigert hat, hat folgende Gründe.

Vor Allem hat man sich gesträubt, einem Collegium eine so vollständige gesetzgebende und richtende Gewalt zuzugestehen, wie sie unsere Urkunde voraussetzt, nach

---

id quod Graece *dicitur σιφων.* *in lege* riualitia sic est, *quae lata fuit rogante* populum Ser. Sulpic*io Ser. F. Rufo*: *mon*tani paganive si*fis aquam dividunto*: donec eam inter se *diviserint Praetoris* iudicatio esto (nach Scaliger's Ergänzung). — Anfangs wurden die Röhren im Castellum unmittelbar angebracht: dividicula antiqui dicebant, quae nunc sunt castella, ex quibus a rivo communi aquam quisque in suum fundum ducit.. (Paulus ex Festo s. v.). Vitruv (VIII. 6, 1. 2.) läßt dagegen aus dem Castell erst drei Receptacula speisen. Das mittlere versorgt die öffentlichen Springbrunnen (salientes), die beiden andern theils die Bäder, theils die Privathäuser gegen eine Abgabe. Die Ableitung aus den Canälen (rivi) war untersagt (Senatsbeschluß vom Jahr 743. Haubold mon. XXXI.).

welcher das Recht der Innung, leges minus quam perfectae zu erlassen, in diesen actiones ex lege vorzuschreiben und eine Jurisdictio, ja eine wenn auch beschränkte Recuperatorum Datio und Multä Dictio der Vorstände unbedenklich anerkannt werden muß, während dergleichen in keiner andern der erhaltenen Leges Collegiorum auch nur annähernd erwähnt wird.

Allein an dem Autonomierecht der erlaubten Collegien, namentlich der uralten Priestercollegien und Sodalitäten, haben die Römischen Juristen nie gezweifelt[4]). Die Verfassung der Collegien aber ist ein so treues Abbild der Staatsverfassung[5]), daß sich alle einzelnen Stücke der letztern, die den Magistraten entsprechenden Magistri (Quatuorviri, Quinquennalen), der Ordo, der Populus, die Plebs, das Aerar (arca rei publicae collegii: Orelli 4068), in welches die Strafgelder fließen, der Syndicus, die Dienerschaft (ministri, ministeria, publici) wie im Staat und den Städten, so auch in den Zünften wiederholen[6]). Daher werden die Aenderungen der

4) L. 4. de colleg. (47. 22.) Gaius lib. 4. ad legem XII tabularum.

5) L. 1. §. 1. Quod cuiusque universit. (3, 4.) ad exemplum rei publicae.

6) Orelli n. 2417. 3097 (populus) n. 4974 (pleps universa) 2417. 2625. 4115 (Ordo) 4132 (decreta ordinis). Brichieri's Schrift: de collegiis et corporibus veterum libri duo, quibus ministeria singula collegiorum et corporum, iura denique ac privilegia exponuntur ist nicht gedruckt (Savigny in dieser Zeitschrift III. S. 405.). Vgl. aber Orelli zu n. 4136 und vorzüglich Mommsen de collegiis et sodalitiis Romanorum (1843) c. 6. p. 117—127.

Staatsverfassung auch in den Collegien sichtbar. Wie in Rom und den Municipien, so verschwindet auch in ihnen unter dem kaiserlichen Regiment das demokratische Element und Decrete des Ordo treten an die Stelle der Beschlüsse der Plebs. Nur betrifft diese Aenderung in den Collegien mehr die Form als die Träger der gesetzgebenden Gewalt, denn in den meisten besteht der Ordo oder das Zunftregiment eben aus sämmtlichen Gliedern oder dem Populus der Innung (z. B. Orelli n. 4075) und ist daher völlig gleichbedeutend mit der universitas, wie er denn in den Statuten auch geradezu mit universi bezeichnet wird [7]). Im zweiten Jahrhundert unserer Zeitrechnung ist diese Aenderung vollendet: die von Mommsen herausgegebene lanuvinische Lex des heilsamen Collegiums der Diana und des Antinous vom Jahr 136 (Huschke, Zeitschrift 12, S. 207—219), die im barberinischen Palast gefundene Lex des Collegiums des Aesculap und der Hygiea aus dem Jahr 153 (Orelli 2417) und die spätern ähnlichen Beschlüsse anderer Collegien vom Jahr 190 und 260 (Orelli 4133. 4134) sind sämmtlich Decrete des Ordo, deren einzelne Sätze, wie in den Beschlüssen des Römischen Senats, mit placuit anfangen, und nur bei Bestimmung

7) Nur in manchen Collegien, namentlich priesterlichen, blieb der Ordo von der Plebs getrennt: Apulei. metam. XI fin. ne sacris suis gregi cetero permixtus deseruirem, in collegium me pastophororum suorum, immo inter ipsos decurionum quinquennales elegit (Osiris). rursus denique — collegii vetustissimi et sub illis Sullae temporibus conditi munia — obibam.

der Multen noch die imperative Form einer Lex beibehalten haben. Ein Pagiscit aus der Republik dagegen, die Lex des Pagus Herculaneus vom Jahr der Stadt 660 (Orelli 3793), hat diese Form noch durchgängig. Der Zusammenhalt Beider bestätigt die für unsere Urkunde oben angenommene Zeitbestimmung.

In diesem Zusammenhang kann denn auch die Jurisdictio der Magistri nicht mehr so anstößig erscheinen, als sie Manchen gewesen ist. Für die Magistri Vicorum ist sie ausdrücklich bezeugt: ex vicis sagt Festus s. v. — partim habent rem publicam et ius dicitur, partim nihil eorum et tamen ibi nundinae aguntur negotii causa et magistri vici item magistri pagi quotannis fiunt. Nach der Dedicationsurkunde des Tempels zu Furfo aus Cäsar's Consulat 695 hatte der dortige Aedilis sogar die unbeschränkte Multä Dictio mit Provocation an den Vicus (die Gemeinde): Orelli 2488: sei qui heic sacrum surupuerit, aedilis multatio esto quanti volet idque ueicus Furfens mi(nor) pars Fifeltares sei apsolvere volent sive condemnare *liceto*. Erst nachdem Cäsar's Städteordnung im Jahr 709 die Jurisdiction der Municipalmagistrate beschränkte (Savigny, Zeitschrift 9, 358—361.), konnte auch die Stellung der Magistri in den Collegien in der althergebrachten Freiheit nicht länger fortbestehen, und daraus erhellt zum Theil der Zweck und die Veranlassung unsers Gesetzes. Es verwandelt nämlich die Multen in gesetzliche Strafen, und läßt den Magistri neben strengerer Verantwortung nur noch eine geringe Strafgewalt.

Indeß verlieren sie doch nicht alle Vorrechte, die in republikanischer Zeit (acri etiam populi Romani libertate — Tacit. ann. 13, 50.) den Societäten und Collegien gewährt gewesen waren. Sie behalten die Recuperatorum Datio[8]). Selbst eine Art von Jus edicendi ist den Magistri der Collegien bis in spätern Zeiten geblieben. Die Wachstafeln von Abrudbánya (Huschke, Zeitschrift 12, 5.) geben noch im Jahr 167 unserer Zeitrechnung eine Probe eines solchen Anschlags, der nur freilich nicht edictum, sondern bloß libellus genannt wird.

Das wichtigste Bedenken gegen die Auffassung unsers Gesetzes als eines Collegienbeschlusses aber besteht in dem Verbot des ius coeundi und conveniendi, welches im Anfang der Kaiserzeit gegen alle Collegien mit Ausnahme der Sterbecassen erlassen würde, weil man die Ausübung des Versammlungsrechts ohne ausdrückliche Genehmigung der Staatsgewalten mit der monar-

8) Auch dieser Zug deutet darauf hin, daß die Zeit unsers Gesetzes das augusteische Zeitalter ist. Im Decret der Colonie Venafrum (Note 131.), welches dieser Zeit angehört, besteht sie noch neben dem volksrechtlichen Institut der iudices publici und privati, die hier sehr bestimmt auf die lex coloniae zurückgeführt und den Recuperatoren des Peregrinenrichters entgegengesetzt werden. Um so mehr besteht sie (was ich früher, Zeitschrift IX., 405, mit Unrecht bezweifelt habe), in der noch den Zeiten des Triumvirats angehörenden Lex Rubria. c. 21. Zeitschrift 12, 224. 225. 14, 372. Note 104. In Caligula's Zeit dagegen ist dieß alte Recht des Imperium den Magistraten bereits entzogen und ihre Gerichtsbarkeit auf die bloße Judicis Datio eingeschränkt. (Zeitschrift IX. S. 405.)

chischen Staatsform nicht für vereinbar hielt [9]). Dieß Bedenken wird sich in der That nur beseitigen lassen, wenn es gelingt, den collegiis aquarum, da sie offenbar keine Begräbnißcollegien sind, eine religiöse Bedeutung zu vindiciren. Denn: religionis causa, sagt Marcian im §. 1. der Note 9. angeführten Stelle, coire non prohibentur: dum tamen per hoc non fiat contra senatusconsultum, quo illicita collegia arcentur, und noch viel weniger konnte die Existenz der von Alters her bestehenden Priester- und Tempelcollegien angefochten werden [10]). Dieser Beweis soll jetzt versucht werden.

III. Die Brunnencollegien.

Durch die vorchristliche Welt zieht sich eine religiöse Verehrung der heilenden und reinigenden Naturkraft des lebendigen Wassers. Sie ist nicht auf eigentliche Heilquellen und Gesundbrunnen beschränkt, *vielmehr tritt* sie überall ein, wo das Wasser ohne künstliche menschliche Vorrichtung zum Vorschein kommt, wo es (mit den römischen Juristen zu reden) als caput aquae *eine* perpetua causa hat [11]). In der letzten Zeit des Hei-

9) L. 1. de collegiis (47, 22.) Lex collegii Dianae et Antinoi col. 1. lin. 10—13. Huschke: Zeitschrift 12, 208 ff.

10) Sueton. Aug. 32. collegia *praeter antiqua et legitima* dissoluit. Zu den antiqua et legitima gehörten unter andern die montani und pagani. Or. pro dom. c. 28. nullum est in hac urbe collegium, nulli pagani, nulli montani, qui non amplissime — de salute mea — decreuerint.

11) Seneca ep. 41. magnorum fluminum capita ueneramur: subita et ex abdito vasti amnis eruptio aras habet. co-

denthums verfällt auch dieser Cultus: wie schon Varro (de ling. lat. 5, 49.) klagt, daß die Selbsucht die Reste des Urwaldes in den heiligen Hainen immer mehr beschränke (quorum angusti fines: non mirum, iamdiu enim late avaritia nunc est), so wurde zu Juvenal's Zeit Hain und Tempel des Quells der Egeria an die Juden verpachtet, damit jeder Baum seinen Miethzins trage[11a]). Dennoch sah der Volksglaube in der Krankheit Nero's, die ihn traf, als er kurz vorher den Ursprung der Aqua Marcia frevelhaft entweiht hatte (quia fontem aquae Marciae ad urbem deductae nando incesserat uidebaturque potus sacros et caerimoniam loci corpore loto polluisse — Tac. ann. 14, 22.), noch immer die Strafe der beleidigten Götter. Die Kirche hat sich zwar alle Mühe gegeben, diese Verehrung der Brunnen und Flüsse, wie der Wälder auszurotten. Ne ullus — verordnet der heilige Augustinus (Opp. Tom. V. p. 462.) —

---

luntur aquarum calentium fontes, et stagna quaedam vel opacitas vel immensa altitudo sacravit. Vitruv. 4, 5. §. 2. 8. praef. c. 2. §§. 1—3. Es gab aber auch feindliche Gewalten: Tertull. de baptismo 5. sunt opaci quique fontes et avii quique riui et in balneis piscinae et euripi in domibus et cisternae et putei, qui rapere dicuntur, sc. per uim spiritus nocentis. Nam et enectos et lymphatos et hydrophobos vocant, quos aquae necauerunt aut amentia vel formidine exercuerunt.

11a) Nunc sacri fontis nemus et delubra locantur
Iudaeis: quorum cophinus fenumque supellex.
Omnis enim populo mercedem pendere iussa est
Arbor et eiectis mendicat silua Camoenis.
Iuvenal. 3, 13—16.

in festivitate Ioannis in fontibus aut paludibus aut in fluminibus nocturnis aut matutinis horis se lavare praesumat, quia haec infelix consuetudo adhuc de paganorum observatione remansit. Es ist ihr aber nur gelungen, der Verehrung eine christliche Richtung zu geben. Die Gebräuche selbst bestehen zum Theil bis auf den heutigen Tag [12]).

Da nach dieser Ansicht jedes caput aquae, es sei ein Brunnen, ein Quell oder ein See (L. 1. §. 8. de aqua quot. 43, 20. L. 1. §. 4. de fonte 43, 22.), oder da doch wenigstens das Numen, der Genius Aquae ein göttliches Wesen ist [13]), so hat es auch die Rechte, welche das Volksrecht den im Staat anerkannten religiösen Instituten (Dei) überhaupt einräumte. Das caput aquae ist daher eine vom Civilrecht anerkannte juristische Person, mit dem Recht, wenigstens unter Lebenden zu erwerben [14]), nur die Unfähigkeit zu Erbein-

12) Grimm deutsche Mythologie (2. Ausg.) S. 52. 210. 211. 406. 553—557. Vgl. Phillips engl. Reichs- und Rechtsgeschichte (1828) II. S. 304. Note 975. S. 307. Note 982. In Baden bei Wien verfiel noch im 17. Jahrhundert nach der Badeordnung in Strafe, wer das Bad nicht mit entblößtem Haupt beim Ein- und Ausgehen grüßte und gesegnete, oder dasselbe „ein Wasser" nannte. Joh. Günther v. Andernach de balneis at aquis medicatis pag. 68.

13) Seru. Aen. 7, 84. nullus enim fons non sacer propter attributos illi Deos, qui fontibus praeesse dicuntur. Ecl. I, 53. fontes sacros: quia omnibus aquis Nymphae sunt praesidentes.

14) Weihgeschenke (dona Deorum L. 6. pr. ad L. Iul. pecul. 48, 13. Pauli sent. 4, 3. §. 2.) an Fontes, Aquae, Nymphae waren sehr häufig. Fabretti c. 6. num. 7. p. 432. Fonti | sanctissimo | sacrum | P. Cornelius | Synethus et | M. Varius |

setzungen und Vermächtnissen und die Incapacität theilt es mit andern Instituten gleicher Art[15]). Seine Grundstücke sind, wenn sie in Rom oder Italien liegen, im Sinn des Civilrechts sacrae res[16]), und wenn später gerade in Italien über ihre häufige Verletzung und Besitznahme Klagen geführt werden, so ist dieß erst Folge des mit der Uebervölkerung zunehmenden Verfalls ihrer Verehrung[17]). Die Sclaven der Fontes werden als Brunnenknechte (ministri fontis) verwendet und nachdem sie freigelassen sind, wie andere servi fanorum und collegiorum[18]), nach Patronatrecht von der Zunft beerbt.

Am glänzendsten tritt dieser Cultus bei den berühmtern Brunnen hervor, sei es, daß sie als besuchte Heil-

---

Epitynchanus | d. d. num. 8. Aquis Albulis | sanctissimis | Ulpia Athenais | M. Ulpia Aug. | lib. ab epistu | lis uxor | libens | d. d. Spon, misc. p. 33, 1. Genio | fontis | Sar (soll heißen sacrum oder sacravit) Cn. Iulius Propostus. (Vgl. Fabretti c. 2. n. 87. Genio | numinis | Fontis | Sermon. (lies sacrum) Chryseros | Caesaris | nostri lib | Gangala.) 34, 1. Genio Fontis Martiani Mag(istri) uicorum (4 Namen) Servilio Pudente L. Fufidio cos. (166 n. Chr.) Orelli n. 1627—1639. Vgl. Note 29—34.

15) Ulpian. 22, 6. Dio Cass. 55, 2. Vermächtnisse sind seit Marc Aurel möglich. L. 20. de reb. dub. 34, 5. Fideicommisse wohl schon früher. L. 20. §. 1. de ann. leg. 33, 1. L. 38. §. 6. de leg. 3° (32.).

16) Gaius 2, 7. Plin. ep. 8, 20. nulla in hoc (lacu Vadimonis) navis: sacer enim.

17) Frontin. de controv. p. 50. in Italia — densitas possessorum multa inprove facit et lucos sacros occupant. cf. p. 57.

18) Varro de ling. lat. 8, 83. L. 1. de man. quae serv. ad univ. 40, 3. L. un. de lib. univ. 38, 3.

quellen und Badeörter, oder als Häupter mächtiger Flüsse vor den andern bevorzugt sind.

Mit ihnen sind außer den Tempeln und Opfern [19]) nicht selten Orakel verbunden, welche durch Würfel, Münzen und Loose, die man ins Wasser warf, befragt wurden. Ein berühmtes Orakel hatte unter andern die Schwefelquelle des Aponus (Abano) bei Padua. Es weissagte dem Tiberius die Herrschaft und zeigte sogar gestohlenes Gut an. Noch Theodorich, der fest an seine Wunderkräfte glaubte, befahl die neue Fassung des Brunnens [20]).

In früheren Zeiten wurden bei dem Uebergang über bedeutende Gewässer auch Auspicien vorgenommen. Diese Sitte stammte aus der Einwanderung des Volks her, in der ein vom Himmel gegebenes Zeichen oft den Entschluß des Weiterziehens bestimmt und das Wild die Fuhrt durch den Fluß gezeigt haben mochte. Die Römischen Magistrate beobachteten sie, wenn sie einen amnis, eine aqua, quae ex sacro oritur, wohin aber nicht jeder manalis fons gerechnet wurde, überschreiten wollten, daher hieß Auspicium und Fluß peremne. In Cicero's Zeit war aber dieser Gebrauch schon verfallen,

19) Horat. od. 3, 13, 1—3. fons Bandusiae — dulci digne mero, non sine floribus, cras donaberis hoedo 13. fies nobilium tu quoque fontium.

20) Sueton. Tib. 14. Cassiodor. Var. 2, 39. Claudian. eidyll. 6, 70. Der Rhein zeigte die unächte Geburt an: Lips. ad Tac. Germ. 19. Am Quell der Egeria hatte die Fassung als Menschenwerk (opus manu factum) das Orakel verscheucht, Iuvenal. 3, 17—20., wo statt praestantius: praesentius zu lesen ist.

die damit zusammenhangenden testamenta in procinctu verschwunden, und der Begriff eines flumen peremne wesentlich verändert [21]).

Alles dieses wird bestätigt und erläutert durch die Beschreibung, welche Plinius (8. ep. 8.) vom Ursprung des Clitumnus in Mevanien (Umbrien) giebt: adiacet (dem Hain und Fluß) templum priscum et religiosum. stat Clitumnus ipse amictus ornatusque praetexta. praesens numen atque etiam fatidicum indicant sortes. sparsa sunt circa sacella complura totidemque dei: sua cuique ueneratio, suum nomen, quibusdam uero etiam fontes. nam praeter illum, quasi parentem ceterorum, sunt minores capite discreti, sed flumini miscentur quoad ponte transmittitur. is terminus sacri profanique. in superiore parte navigare tantum, infra etiam natare concessum. balineum Hispellates, quibus illum locum divus Augustus dono dedit, publice praebent, praebent et hospitium. Nec desunt uillae — in summa nihil erit, ex quo non capias voluptatem. nam studebis quoque et leges — inscripta, quibus fons ille deusque celebratur, plura laudabis, nonnulla ridebis, quamquam tu vero, quae tua humanitas, nulla ridebis. In neuerer Zeit ist die Oertlichkeit von Ridolfino Venuti, osservazione sopra il fiume Clitunno, Rom 1753, beschrieben worden, der auch noch einige interes-

21) Festus v. manalis, Cati fons, peremne, Petronia. Cic. de div. 2, 36., de nat. deor. 2, 3. L. 1. §. 2, 3. de flum. 43, 12.

sante Inschriften mittheilt, in welchen theils der Opfer (sacra Clitumnalia), theils glücklicher Orakel (veriae felices) am Quell des Clitumnus gedacht wird.

Wenden wir uns nun zur Stadt Rom insbesondere, so finden wir freilich, daß seit Appius Claudius des Blinden Censur (442) nach und nach elf colossale Wasserleitungen aus weitester Ferne einen Ueberfluß von Quellwasser der wachsenden Stadt zuführten. Die Aqua Marcia, welche der Prätor Q. Marcius Rex 608 auf Befehl des Senats hinleiten mußte, nächst ihr die von Caligula 789 begonnene, von Claudius 803 vollendete Aqua Claudia lieferte aus drei Quellen, dem Fons Cärulus, Curtius und Albudinus, das frischeste und reinste Trinkwasser [22]). Die Aqua Virgo, die einzige noch übrige alte Leitung auf dem linken Tiberufer, wo sie die schöne Fontana Trevi bildet, gab das beste Badewasser, wenn sie auch die Kraft der aquae albulae bei Tibur, die August zu gebrauchen pflegte [23]), oder die Annehmlichkeiten von Bajä nicht zu ersetzen vermochte [24]).

Allein ungeachtet dieser großartigen künstlichen Werke blieben die alten Quellen und Brunnen, welche in den ersten Jahrhunderten die Stadt allein versorgt hatten, immer noch von hoher Bedeutung. Frontin, der unter Nerva als Curator Aquarum sein lehrreiches Buch

---

22) Plin. 31, 3. 24. Sueton. Claud. 20. Vitruv. 8, 3. 2.
23) Plin. 31, 2. 6. Sueton. Aug. c. 82. Note 14.
24) Martial. 6, 42. Seneca ep. 51. Das alte Bad der lautolae ad Ianum Geminum war schon zu Varro's Zeit nicht mehr im Gange. Varro de ling. lat. 5, 156.

über die auswärtigen Leitungen schrieb, sagt von ihnen: ab urbe condita per annos CCCCXXXXI contenti fuerunt Romani usu aquarum, quas aut ex Tiberi, aut ex puteis aut ex fontibus hauriebant. Fontium memoria cum sanctitate adhuc extat et colitur: salubritatem enim aegris corporibus afferre creduntur sicut C. Ammaranius Apollinaris meminit. Eben dieses war Galen's Ansicht, der das römische Quell- und Brunnenwasser dem Röhrenwasser aus den Tiburtiner Bergen weit vorzieht [25]). Auf die gottesdienstliche Verehrung der Quellen (fontes) Roms und der Umgegend, wie der Brunnen (putei) deutet das Fest der Fontinalien am 13. October jedes Jahres, an welchem Tage man die Brunnen bekränzte und Blumen in die Quellen warf [26]), ferner die Erwähnung eines Fons

25) Galeni opp. ed. Kühn (1829) Tom. 17. P. 2. pag. 159. *ἐν Ῥώμῃ γὰρ — τὸ τῶν πηγῶν κάλλος τε καὶ πλῆθος, οὐδεμιᾶς οὔτε δυσῶδες οὔτε φαρμακῶδες οὔτε θολερὸν οὔτ' ἀτέραμνον ἐχούσης ὕδωρ — τά γε μὴν ἐκ τῶν Τιβουρτίνων ὀρῶν ὕδατα διὰ τῶν λιθινῶν ἀγωγῶν εἰς τὴν Ῥωμαίων πόλιν ἀγόμενα — ἀτέραμνα — ἐστιν.* — Besonders geschätzt war der Kamönenbrunnen, der Mercuriusbrunnen und der Quell der Egeria vor dem capenatischen Thor: Vitruv. 8, 3. Ovid. fast. 5, 673 — 692. Iuvenal. 3, 10—20. Aber dasselbe sagt nach Diocletian: Orelli n. 57. von einem neu entdeckten Brunnen.

26) Varro de ling. lat. 6, 22. Paul. ex Festo v. fontinalia. Ovid. fast. 5, 673—692. Gewiß unächt ist aber die Inschrift bei Marini Atti p. 376., da es nicht wohl denkbar ist, daß ein Brunnenknecht mit den vornehmsten Priestern des Staats das Opfer gemeinschaftlich gebracht hätte. — Aehnliche Feste kamen in Deutschland vor, z. B. das Poppenroder Brunnenfest in der ehemaligen Reichsstadt Mühlhausen.

unter den Gottheiten, welchen die Arvalen opferten [27]), der Tempel der Juturna, welchen Lutatius Catulus auf dem Marsfelde erbaute [28]), vor Allem aber die in bedeutender Zahl erhaltenen Dedicationen, welche die collegia fontanorum in der Kaiserzeit ihrem Quell errichtet haben.

Es scheint nämlich in den letzten Zeiten der alten Religion, als die Habsucht des Staats wie der Privaten die heiligen Haine beschränkte und die Brunnen zu gewerblichen Zwecken in Besitz zu nehmen anfing, immer mehr Sitte geworden, daß das ganze Collegium der Fontani oder doch wenigstens die sämmtlichen Magistri und Ministri auf ihre Kosten ihrem Quell beinahe jährlich Monumente errichteten, auf denen Jahr und Tag der Dedication, die Namen der derzeitigen Gildemeister und Brunnenknechte und zum wievielten Male sie ihr Amt bekleideten, angegeben war. Diese Einrichtung sollte hauptsächlich den Hain und Quell als einen heiligen, einer juristischen Person gehörigen kenntlich machen. Zugleich aber diente sie als eine Art von Chronik des Collegiums.

Der Erläuterung wegen will ich von einem dieser Steine, der im Jahr 1815 in Rom ausgegraben wurde, und welchem die früher gefundenen alle bis auf die Namen und Jahrszahlen ähnlich sehen, die Inschrift hierhersetzen:

27) Orelli n. 961. fonti verveces n. II.

28) Serv. Aen. 12, 139. huic fonti (der Juturna) propter aquarum inopiam sacrificari solet; cui Lutatius Catulus templum in campo Martis fecit.

Orelli 5018.

(Fehlt die Dedication: *Fonti ... sacrum*)

L. Venuleio Aproniano.

Q. Articuleio Paetino cos (123 n. Chr.).

Mag. et Minis Fontis.

Ti. Claudius Salvius IIII.	Zosimus Aquli.
P. Marcius Tithasus III.	Germanus Pactume I.
M. Furius Symphorus II.	Callinicus Claudi I.
G. Iulius Himer. I.	Marinus Eutychi I.

Dedic. V. K. AVG.

Die links stehenden Magistri sind hier Freigelassene, die Brunnenknechte auf der rechten Seite dagegen wie überall Sklaven.

Aehnliche Inschriften haben wir von den meisten der römischen Hügel, vom Palatin [29]), dessen Abhang überhaupt sehr wasserreich war [30]), vom Capitolin, vom Esquilin [31]), vom Aventin [32]), von einem fons Lollianus [33])

29) Grut. 179, 6. vom Jahr 884 d. St., 131 n. Chr. Das Collegium hat 11 Magistri, 11 Ministri.

30) Lupercal: Serv. Aen. 8, 343. mit jährlich wechselnden Magistri. Fabretti n. 76. p. 457. Lacus Iuturnae Ovid. fast. 1, 707. verschieden von der Juturna Note 28.

31) Fabretti c. 4. num. 495. pag. 332. Minervae Aug. sacrum, 6 Magistri, keine Ministri, aus dem Jahr 810, 57 n. Chr. In der Nähe der Kirche S. Antonii Abbatis am Servianischen Wall nebst ähnlichen Dedicationen und der Lis Fullonum (Nr. IX.) gefunden.

32) Marini, Atti p. 376. C. Scoedio Natta Pinariano T. Tettiano Sereno cos. (?), sieben Magistri, acht Ministri.

33) Reines. I. 246. v. J. 892 (139) neun Magistri. Grut. 180, 1. v. J. 160. n. Chr., zehn Magistri.

und Scaurianus [34]), deren Lage nicht ausgemacht ist. Man könnte hierdurch zur Annahme der Identität dieser Brunnencollegien und der uralten Collegien der Montani und Pagani hingeführt werden, zumal der letztere Name von den Alten nicht von der Gemeinschaft der Weide, sondern des Brunnens erklärt wird [35]), und die Lex Sulpicia (Note 3.) die Montani und Pagani das Röhrenwasser unter sich vertheilen läßt. Allein die überwiegenden Gründe sind für eine Trennung dieser Genossenschaften [36]). Das aber erhellt schon aus der bloßen Angabe der Magistri und Ministri, deren Zahl auf zehn und darüber steigt, daß diese Brunnen der alten Stadt mehr bedeuteten, als die Häupter der späteren Wasserleitungen, unter denen nur die Aqua Virgo am achten Meilenstein der Straße nach Collatia eine bescheidene Kapelle (aedicula) aufzuweisen hatte, in welcher die Legende von ihrer Entdeckung bildlich dargestellt war.

Wenn ich mich nun in die frühern Jahrhunderte

---

34) Spon, misc. p. 33. 2. v. J. 918 (165 n. Chr.). Fonti Scauriano sacrum, vier Magistri, vier Ministri. Orelli 1645, vom folgenden Jahr. Dieselbe Zahl.

35) Serv. Georg. 2, 282. pagani — quasi ex uno fonte potantes Paul. ex Festo v. pagani — dicti a fontibus, quod eadem aqua uterentur. Dionys., 4, 15. hat eine andere Ableitung (von πάγος der Hügel), allein er verwechselt pagi und montes.

36) Fontinalia und paganalia sind verschiedene Feste (Varro de ling. lat. 6, 24. 26. Ovid. fast. 1, 669.) Die magistri pagorum (Orelli 3796) und leges paganae (Orelli 3793, Plin. 28, 5.) haben nichts mit den Brunnen zu schaffen.

der römischen Geschichte zurückversetze und mir die Frage vorlege, was die Alten bewogen haben mag, einer scheinbar so untergeordneten Stellung, wie das Amt eines Brunnenmeisters ist, die höchsten Ehren geistlicher und weltlicher Obrigkeit, die Prätexta (Cic. Pison. 4.), die Multä Dictio, ja die Recuperatorum Datio, also selbst ein Recht des Imperium (Gai. 4, 105.) anzuvertrauen, so kann ich die Erklärung dieser Erscheinung nicht allein in der religiösen Gläubigkeit der alten Welt, ich glaube sie zugleich in den kriegerischen Anstalten der römischen Feudalzeit finden zu müssen. So lange Rom mit seinen Nachbarn in unablässige Fehden verwickelt war, halfen ihm die herrlichsten Wasserleitungen nichts, sobald der Feind vor die Stadt rückte und ihr die Zuflüsse abschnitt. Gegen diese Gefahr konnten nur einheimische Brunnen schützen, sofern sie theils durch den religiösen Glauben, theils durch priesterlich-ritterliche Bruderschaften gegen Verderb und Ueberfall gesichert waren. Daher grub man vor Allem in der Burg, aber auch in andern Theilen der befestigten Stadt Brunnen (putei) von ungeheurer Tiefe, von denen manche noch jetzt kenntlich sind (Niebuhr, Röm. Gesch. 1. S. 255. 2, 611. 3, 359. Anm. 524.), und schützte die natürlichen durch collegia fontanorum mit priesterlich-ritterlichen Vorstehern, wie man die Berge und Bezirke der ältesten und der servianischen Stadt durch die Collegien der Montani und Pagani vertheidigte, diese mögen nun mit den Brunnencollegien zusammenfallen oder nicht. In dem Maasse, in welchem Italien unterworfen und be-

ruhigt, die Kriege an die Gränzen verlegt und die Gefahr eines feindlichen Ueberfalls der Stadt in den Hintergrund gedrängt wurde, verminderte sich die praktische Wichtigkeit der altrömischen Brunnencollegien und man erhielt sie fast nur als geheiligte Vermächtnisse der Vorzeit.

In diesem Sinn nahm sich namentlich Augustus, nachdem die Bürgerkriege beendigt, der Friede und monarchische Institutionen befestigt waren — (potentiae securus — pace et principe. Tacit. ann. 3, 28.) — ihrer an. Die Lis Fullonum (Num. IX.) schreibt ihm die Abgabenfreiheit des esquilinischen Brunnens zu: ex quo Augustus rem publicam obtinere coepit usque in hodiernum nunquam haec loca pensiones pensitasse. Seine Sorge für die Religion, für die Stadt (Sueton. Aug. 30. 31.), die Lex Quinctia 745, und die Senatsbeschlüsse über die Wasserleitungen bilden eine Kette, welcher wahrscheinlich auch unser Statut als ein Glied eingefügt werden muß.

Um jedoch die römischen Einrichtungen durch ein näher liegendes Verhältniß anschaulicher zu machen, mag es erlaubt sein, eine Analogie aus Deutschland und der neuern Zeit anzuführen.

Der sogenannte Siebenröhrenbrunnen, welchem die Stadt Heilbronn ihren Namen (althochdeutsch Heilacprunno) verdankt, ist keine Heilquelle im medicinischen Sinn, sondern, gleich den Paderquellen in Paderborn, nur durch seine Mächtigkeit ausgezeichnet. Um die heidnische Verehrung zu bewältigen, hat an beiden Orten

die Kirche das caput aquae in ihr Bereich gezogen. Wie die Paderquellen unter dem Dom, so liegt in Heilbronn die eine Quelle jenes Brunnens unter dem Altar der Kilianskirche, eine andere unter der Kirche des deutschen Hauses. Im Mittelalter war der Brunnen einer Zunft anvertraut, und die Lage der Quellen ein Geheimniß der Zunftmeister, damit in Kriegszeiten der Feind der freien Reichsstadt nicht das Wasser abgraben könne. Mit der reichsstädtischen Verfassung ist die Zunft und mit dieser die Kenntniß der Lage der Quellen verschwunden und der Brunnen selbst, der früher aus jedem Rohr zehn Fuder Wasser in der Stunde lieferte, in Verfall gerathen.

IV. Die Strafmaaße.

1. — *mult*A ESTO. A. D.

Von dem ersten Satz unsers Fragments, dessen Lükken im Anfang der ungleichen Zeilen 20—30 Buchstaben betragen mögen, die ich ohne Vertretung des Einzelnen jetzt herzustellen versuchen will — von diesem Satz also hat sich nichts als die Strafsanction erhalten.

Die gesetzlichen Strafen, welche Volk und Senat zum Schutz der Wasserleitungen aussprachen, sind durchgängig in Sesterzen ausgedrückt und von beträchtlicher Höhe. Ein altes Plebiscit verpönt die Verunreinigung der öffentlichen Springbrunnen mit einer Strafe von 10,000 Sesterzen [37]), ein Senatsschluß vom Jahr 743

---

37) Frontin. c. 97. ne quis aquam oletato dolo malo

straft die Anlage von Anpflanzungen in der unmittelbaren Umgebung der Wasserleitungen mit einer gleichen Geldbuße halb zu Gunsten des Aerars, halb für den Denuncianten [38]), die Lex Quinctia aus dem Jahr 745 droht für directe Zerstörung der Wasserleitungen eine Geldstrafe von 100,000 Sesterzen, dem augusteischen Census der ersten Klasse (Note 130.).

Denselben Straffuß hat Dirksen auch in unserm Gesetz durchführen wollen, indem er das Zahlzeichen A, welches asses oder aeris bedeutet (Lex collegii Dianae et Antinoi col. 1. lin. 20.; col. 2. lin. 16.), durchgängig in HS verwandelt, wodurch die Strafen nicht bloß in Sesterzen statt in Assen ausgedrückt, sondern auch ihre Beträge im Verhältniß von 1 zu $2\frac{1}{2}$ oder 4 erhöht werden würden.

Dieses Verfahren würde schon deßhalb ein bedenkliches genannt werden müssen, weil eben *öffentliche Geldstrafen* noch lange nachdem man *leichtes* Kupfer- und Silbergeld hatte, ja noch zu August's Zeiten nach alterthümlicher Weise in schweren Pfunden ausgedrückt werden [39]), und wenn dieses in andern Collegienbeschlüssen,

---

ubi publice saliet. si quis oletarit, sestertiorum X milia multa esto.

38) Frontin. c. 128. si quis adversus ea comiserit in singulos poena HS dena millia essent, ex quibus pars dimidia praemium accusatori daretur, cuius opera maxime convictus esset, qui adversus hoc SC. commisisset, pars autem dimidia in aerarium redigeretur, deque ea re iudicarent cognoscerentque curatores aquarum.

39) Gell. 10, 6. Liv. 4, 41. 5, 12. 29. 32. 22, 33.

namentlich in der Lex des heilsamen Collegiums der Diana und des Antinous nicht mehr geschieht, der Grund darin liegt, daß diese Lex im Jahr 889 oder 136 nach Chr. gegeben, also wahrscheinlich über ein Jahrhundert jünger ist, wie die unsrige.

Dann aber würde durch eine Umwandlung der Asse in Sesterze auch das altrömische System der Multen und Sacramenta gestört, für dessen Erhaltung im Bereich des römischen Sacralrechts gerade unsere Lex ein so merkwürdiges Zeugniß bietet. Denn die fünfhundert Asse, welche unser Gesetz zweimal, Zeile 1. und 20., als höchstes Strafmaaß ausspricht, sind offenbar das große (quingenarium) sacramentum, dessen Betrag auch wieder erst Gaius (Note 44.) in Sesterzen und zwar, da er 125 nennt, in Sesterzen zu vier Assen (Plin. 33, 3. 13. L. 37. C. de donat. 8, 54. sestertii nummi unius assium quatuor) ausdrückt, um der Lex Flaminia Rechnung zu tragen, seit welcher der Denar zu 16 statt zu 10 Assen ausgemünzt wurde. Eben so entsprechen die funfzig As Z. 9. dem kleinen (quinquagenarium) sacramentum, ihre Verdoppelung auf 100 in Z. 10. erklärt sich aus der Litiscrescenz. Die kleinsten Strafen sind fünf Asse Z. 16. 23. 24., und nur die Multen, welche die Magistri auflegen dürfen[40]), sind noch geringer. Dieß Alles stimmt zu sehr mit den al-

---

26, 27. 27, 3. 32, 26. 39, 19. Serv. ad Aen. 6, 862. Böckh metrolog. Unters. 1838. S. 397. 414.

40) Vgl. L. 131. pr. L. 244. de V. S. 50, 16., wo die Unterschiede zwischen Mult und Poena zusammengestellt sind.

ten Ansätzen der Strafgelder im Prozeß und den Werth-anschlägen der Opferthiere zu hundert und zu zehn As überein; um nicht der Beibehaltung der urkundlich überlieferten Strafmaaße unbedenklich das Wort zu reden.

Die gesetzlichen Strafen werden nicht durch die Diener (Ministri) extra ordinem beigetrieben, sondern im ordentlichen Prozesse ausgeklagt, und fallen unstreitig in die area communis, um nach heidnischem Gebrauch zu den gemeinsamen Festmahlen und Opfern des Collegiums verwendet zu werden[41]). In diesem Punkt stimmen die Strafen mit dem gesetzlichen Sacramentum, welches die streitenden Parteien deponiren, und den Multen, welche der Vorstand auflegt, vollkommen zusammen. Dagegen ist das Verfahren bei Einziehung gesetzlicher Geldbußen, bei der Legis Actio durch Sacramentum und bei der Multä Dictio ein völlig verschiedenes. Nur in jenem Sinne also können die durch Multä Dictio den Privaten entzogenen Opferthiere multae sacramentum genannt worden sein[42]).

41) Nach christlicher Sitte fallen sie an die Armen. Von Baden bei Wien sagt der Note 12. angeführte Schriftsteller, „das Bad hat seine erkieseten Badrichter und Fiscalen, und werden alle Strafgelder nach dem Pfund (so ein Pfennig *ist*) angelegt und den Armen zugeeignet. Wie man denn nach der Badeordnung gar leichtlich in Strafe fallen kann."

42) Cic. de re publ. 2, 35. gratam — illam rem de multae sacramento Sp. Tarpeius et A. Aternius consules *tulerunt*. Auch was in sacrum judicirt ist (Lex Silia: Haubold. n. 1. Fragm. plebisciti (Inschrift von Todi) ib. n. XIII. lin. 6.) verfällt demselben Zweck. Ebenso die Bußen in Verträgen und letzten Willen. (Orelli 2145. 4549.)

Die Vergleichung der Strafmaaße in unserer Lex mit denen der Gesetze über das in die Stadt geleitete Wasser ergiebt das merkwürdige Resultat, daß die letztern mit dem wachsenden Reichthum bis auf das ganze Vermögen eines Bürgers erster Klasse gestiegen sind, während die erstern sich unverändert auf der Höhe behauptet haben, welche die uralte lex populi Romani, das Gesetz der zwölf Tafeln, für Friedensbrüche gegen den Populus (iniuria uindicare) festgesetzt hatte [43]), und die auch August's Judiciargesetz für das alte Volksgericht der Centumvirn darum festhielt [44]), weil sich das Verhältniß der sinkenden, in ihrem Münzrecht seit Octavian auf Kupfermünze reducirten Republik [44a]) zu dem kaiserlichen Regiment in ihr wahrheitsgetreu abspiegelte.

Daß unsere Lex einem altrömischen Priestercollegium und dem Zeitalter des Augustus angehörte, in welchem dieses Verhältniß der altrepublikanischen Institutionen zu den kaiserlichen festgestellt werden mußte, wird hiernach kaum mehr zu bezweifeln sein.

---

43) Gaius 4, 16. Quando tu iniuria uindicauisti D aeris sacramento te provoco. — Plutarch (Poplic. c. 12.) führt ein Gesetz des Valerius aus dem Jahr 245 an, nach welchem der Consul als Gerichtsvorstand zwei Schafe und fünf Rinder als höchste Mult aussprechen durfte (ζημίαν γὰρ ἀπειθείας ἔταξε βοῶν πέντε καὶ δυοῖν προβάτων ἀξίαν). Ist diese Angabe richtig, so ließe sich daraus das quingenarium sacramentum erklären, da das Rind zu hundert As ästimirt ward.

44) Gaius 4, 95. si apud centumviros agitur — sacramento — reum provocamus eaque sponsio sestertiorum CCV numorum fit scilicet propter legem .... In der Lücke stand entweder August's Judiciargesetz, oder ein Münzgesetz.

44a) Vgl. Ekhel doctr. numm. vet. T. I. proleg. c. 13.

V. Die Eide der Magistri.

(2.) *Cui fontanorum magisterium* EX H(*ac*) L(*ege*) CAPERE GERERE LICEBIT, *si is magister factus* (3.) *creatusue fuerit, luci pal*AM IN CONLEGIO AQVAE INTRA PATICABVLVM, QVO DIE MAG(*isterium*) (4.) *cepit, iurato in hanc legem.*

QVI HOIVSCE CONLEGI QVOD QVIDQVID (*quinquennalitatem, quae*[45])*?*) *t*ENVS[46]) (?) SESE VENIT (5.) *male egisse, quemue aduersus h*(*anc*) *l*(*egem*) FECISSE SCIENTEM D(*olo*) M(*alo*) IN SVO MAGISTERIO SVOSQVE PROHIBVISSE (6.) *dicetur, is in h*(*anc*) *l*(*egem*) *iurato. ni iura*SSIT[47]), A(*ssium*) D (*quingenum*) MVLTA ESTO. (7.) *Qui ita uti s. s. e. non iuraverit, is mag*(*ister*) NI ESTO NIVE SVFFRAGIVM INITO. SI QVIS ADVERSVS

---

45) Wahrscheinlich stand in der Lex Q. Q. Q. = quinquennalitatem, quae, was der Abschreiber oder Arbeiter sinnlos in QVOD QVIDQVID aufgelöst hat. Vgl. Fabretti n. 332. p. 408. L. Carullius Epaphroditus VI vir. — Aug. idem Q. Q. Huic VI uiri Aug. post curam quinquennalitatem optulerunt, qui (quam?) egit annis continuis. IIII.

46) Die Abschrift hat PENVS, was gar keinen Sinn giebt. Penes paßt nicht zu einem Verbum der Bewegung, wie venit. Tenus sese venit könnte allenfalls so viel heißen als usque ad se venit. Daß tenus voranstehen kann, bezeugt Sergius in Donat. p. 1855. est una praepositio quae pro arbitrio nostro ponitur, ut tenus, dicimus enim pubetenus et tenus pube. Cledonii ars p. 1934. Tenus et subiungitur et anteponitur. et tenus pube dicimus et pube tenus. Priscian. 14, 982. non praepositio sed adverbium — itaque apud nos quoque raro praeponitur.

47) Die barberinische Abschrift hat IS. SIT. Das I wird der zweite Strich des A gewesen sein.

EA FAXIT, MVLTA (8.) *esto ita uti s(upra) s(criptum) e(st).*

Die Aufsicht über die fremden Wasserleitungen wurde seit Agrippa's großartigen Unternehmungen im Jahr 719 immer mehr ein vom Kaiser abhängiges Amt. Agrippa selbst, der gewissermaßen der erste bleibende Aufseher seiner Anlagen war, spielte es dem Augustus in die Hände, indem er seine Leitung ihm zu Ehren Aqua Julia nannte und ihm die Sclaven, welche er darauf gehalten hatte, im Testament zuwendete. Augustus schenkte diese Familia dem Staat, machte die Benutzung der Wasserleitungen von kaiserlicher Verleihung abhängig und ernannte den Curator Aquarum fortan aus seiner Umgebung, wie denn unter Andern auch ein Mitglied seines Conseils, der Jurist Atejus Capito, das Amt bekleidet hat. Die Ernennung geschah zwar nominell noch unter Zustimmung des Senats [48]), auch zahlte noch das Aerar die Gehalte der dem Curator bewilligten Schreiber, Lictoren und Boten. Aber der Curator war kein Magistrat, seine Gehülfen (adiutores) waren wenigstens seit Claudius kaiserliche Freigelassene und die bürgerlichen Apparitoren, namentlich die Lictoren, kamen selbst außerhalb der Stadt allmälig ab, da der kaiserliche Auftrag größern Schutz zu gewähren schien. Die zahlreichere Dienerschaft aber, welche Claudius bei Anlage seiner neuen Aquäducte anstellte und aus dem Fiscus besoldete, ver-

48) Ex consensu senatus a Caesare Augusto heißt es in einem Senatsschluß vom Jahr 743.

drängte die alte familia publica, deren Einkünfte das städtische Aerar nur unregelmäßig zahlte, weil sie entweder aus den Vectigalgütern nicht ordentlich eingingen, oder Regenten, wie Domitian, sie in ihren Nutzen verwendeten [49]). So wurden die fremden Aquäducte immer mehr eine kaiserliche Anstalt.

Dagegen behielt die Aufsicht über die einheimischen Brunnen, als städtische Communalanstalten, ihre altrepublikanische Form. Die Magistri sind, wie die Magistrate in der Stadt, höchstens Quatuorviri, Sexviri oder Decemviri, auch die Ministerien übersteigen diese Zahl nicht: die zahlreichen Dienste, welche die ungeheuren Bauwerke der Aquäducte forderten, bei denen die familia publica 240, die familia Caesaris gar 460 ministeria (aquarii) zählte, fielen hier völlig hinweg.

Verloren ist die Bestimmung über die Fähigkeit zum Magisterium. Die Magisterien in den Priestercollegien, besonders den alten, wie den Arvalen, oder für die vergötterten Kaiser waren sehr hohe Würden (Marini, Atti. Tav. 1. Suet. Cal. 22. Domit. 4.) In den Brunnencollegien dagegen sind die Magistri, in späterer Zeit wenigstens, gewöhnlich Freigelassene, die ohne Zweifel im Bezirk des Brunnens wohnen mußten.

Das höchste Amt in den Brunnengenossenschaften war die Quinquennalitas. Orelli 82. 4075. Es entsprach der Censur oder Cura Reipublicä, von welcher es jedoch zuweilen (Fabretti n. 332.) unterschieden

---

49) Frontin. de aquaed. c. 9. 98—101. 105. 116—118.

wird, und konnte erst nach allen andern bekleidet werden. Es dauerte, wenn der Quinquennalis nicht ausnahmsweise ein immerwährender war (wie unten Nr. IX.) oft fünf Jahre (Fabretti p. 408. n. 332. Grut. 358, 1.), oft auch nur ein Jahr, so daß es vier Jahre hindurch unbesetzt blieb. Die Quinquennalen haben die Aufsicht über die Gebäude und Localitäten des Collegiums, verpachten seine Grundstücke und verwalten sein Vermögen, während die übrigen Magistri gleich den Quatuorviri iuri dicundo in den Städten der Juris Dictio vorstehen. Nach der Lex des heilsamen Collegiums der Diana und des Antinous ist der Quinquennalis während seiner Amtsdauer a sigillis (von den Pfropfengeldern?) befreit und erhält doppelte Portionen von allen Sporteln (col. 2, lin. 18.). Nach vollendeter tadelloser Amtsführung bekommt er noch anderthalb Portionen (col. 2, lin. 23.: item placuit, ut quisquis quinquennalitatem gesserit integre ei ob honorem partes sesquiplas ex omni re dari, ut et reliqui recte faciendo idem sperent). Wer ihn beleidigt, zahlt 20 Sesterzen Strafe (col. 2, 28.) und an den Festtagen verrichtet er im Feierkleid die religiösen Gebräuche (col. 2, 30. Mommsen de colleg. §. 16.).

Die Gildemeister leisten beim Antritt und der Niederlegung ihres Amts einen Eid wie die Römischen Magistrate, namentlich die Consuln und Censoren. Dieser Eid ist es, der in dem gegenwärtigen Abschnitt unsers Gesetzes näher bestimmt wird.

Das in unsern Wörterbüchern fehlende paticabulum,

innerhalb dessen der feierliche Eid der antretenden Magistri geleistet werden soll, verstehe ich von einem offenen Raum im Tempel des Collegiums[50]), wie er unter andern in den hypäthrischen Tempeln gelassen werden mußte, und leite das Wort von patere ab. Es erhellt nun freilich nicht, daß die zierlichen Tempel, welche die spätere Architectur den Quellen und Nymphen errichtete, diese Construction hatten, ja einige Formen hypäthrischer Tempel waren in Rom gar nicht zu finden[51]). Gewiß aber ist, daß in allen Tempeln des Terminus und des Jupiter das Himmelsgewölbe sichtbar bleiben mußte[52]), daß manche Quellen, wie die des Clitumnus, Jupitertempel hatten[53]), und daß die Eide beim Jupiter nur unter freiem Himmel geschworen werden durften[54]).

---

50) Orelli 4133 (in templo collegi fabrum) ergiebt das templum collegii als gewöhnlichen Versammlungsort anderer Collegien, also wahrscheinlich auch der classis fontanorum. Vgl. Orelli n. 4130, wonach eben dieser classis ein versprochenes pavimentum gewährt wird. Fontani sind also nicht wie montani und pagani Orelli 4044. 4045., Or. pro domo 28. die Vorsteher, sondern die Glieder des Collegiums.

51) Vitruv. III. 2. §. 8. hypaethros — decastylos est in pronao et postico — medium autem sub divo est sine tecto — huius autem exemplar Romae non est.

52) Ovid. fast. 2, 611. 612. Paul. ex Festo v. Terminus. Vitruv. I. 2. §. 5. Iovi Fulguri et Coelo et Soli et Lunae aedificia sub divo hypaethraque constituuntur — Fonti cum Nymphis Corinthio genere — propter teneritatem. —

53) Vibius Sequester de fluminibus: Clitumnus *Umbriae*, ubi Iupiter eodem nomine est.

54) Varro de ling. lat. V. 66. (Müller.) Iupiter — pater, quod patefaciat — hoc idem magis ostendit antiquum Iovis nomen — Diovis et Diespiter — Itaque eius perfora-

Ich verkenne jedoch nicht, daß das paticabulum auch einen nach den Seiten, nicht nach oben offenen Raum bedeuten kann. In diesem Sinn wird unter andern der Janus (Ovid. fast. 1, 129.) und Jupiter am Hafen von Ostia Patulcius (patulitius, von patulus) der offen Stehende genannt. Dann würde das paticabulum im pronaum oder posticum des Tempels und der Grund der Ortsbestimmung weniger in religiösen Bedenken, als in der Oeffentlichkeit der Verhandlung zu suchen sein. Das Bild, welches Ridolfino Venuti vom Tempel des Jupiter Clitumnus giebt, ist dieser zweiten Erklärung günstiger als der ersten.

Die Zeit für die Eidesleistung der Magistri stimmt mit dem Schwurtermin der antretenden Magistrate zusammen. Unser Gesetz ist sogar noch strenger: während bei den Magistraten der Eid in den ersten fünf Tagen genügte [55]), schreibt ihn unser Gesetz sofort am Tage des Amtsantritts vor.

Dagegen ist es insofern milder, als es von dem abgehenden Magister einen Eid auf dieses Gesetz nur dann verlangt, wenn über seine Amtsführung Beschwerden einlaufen, während die Magistrate den Eid in leges unbedingt leisten mußten [56]).

---

tum tectum, ut eo videatur divom id est caelum. Quidam negant sub tecto per hunc deierare oportere.

55) Livius 31, 50. (a. 533.) magistratum plus quinque dies, nisi qui iurasset in leges, non licebat gerere. In dem hier erwähnten Fall trat jedoch eine solutio legibus ein.

56) Die Censoren: Liv. 29, 39. Die Consuln: Polyb. 6, 13. Cic. ad fam. 5, 2. Att. 6, 1: Sulla c. 10. in Pison. 3.

Die Strafe der Eidesweigerung ist für beide Eide eine Geldstrafe von fünfhundert As und Verlust des Magisteriums, oder wenn beim Abgang der Eid verweigert wird, der activen und passiven Wahlfähigkeit.

Daß auch in diesem Punkte nur das exemplum rei publicae von den Collegien nachgeahmt wurde, beweist der bekannte Eid, welchen der Tribun Apuleius Saturninus von dem ganzen Senat auf sein Gesetz verlangte, um sich des Metellus zu entledigen, von dessen Festigkeit zu erwarten war, daß er einen Eid auf ein mit Gewalt durchgebrachtes Gesetz nicht leisten werde[57]). Vorzüglich aber das lateinische Plebiscit auf der Bantinischen Tafel, welches Klenze als Lex Acilia Repetundarum restituirt[58]) und neuerdings Avellino durch Entdeckung einiger kleineren Bruchstücke der Tafel vermehrt hat[59]).

Dio 37, 38. Plin. paneg. c. 65. iurasti te nihil contra leges fecisse. Cato (de R. R. c. 144. 145.) verlangte sogar von den Arbeitern in der Oelärnte bei Verlust ihres Lohns unbedingt den Eid: sese oleam non surripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oleitate ex fundo L. Manlii.

57) Plutarch. Mar. c. 29. Appian. B. c. 1, 29. Florus 3, 16. Victor de vir. ill. 73. Drumann, Gesch. Roms. 2, 39.

58) Klenze, das altrömische Gesetz auf der Bantinischen Tafel: Rheinisches Museum für Phil. und Geschichte. 2. (1828) S. 28—49. Philologische Abhandlungen, herausgegeben von Lachmann. 1839. S. 1—24. — Gegen Klenze's Meinung äußert schon Göttling, Staatsverf. S. 456. 457. Zweifel, kommt aber zu keinem positiven Resultat. Ein Repetundengesetz ist die Lex gewiß nicht.

59) Mommsen, Nachträge zu den oskischen Studien; Zeitschrift für gesch. R.-W. 13. Num. 7. Beilage I. zu S. 363.

Die ersten fünf oder vielmehr sechs Zeilen — denn zwischen Klenze's vierter und fünfter Zeile stand noch eine kürzere, die mit relinquito schloß — bestimmen offenbar die Folgen der Verurtheilung wegen Verletzung dieses Gesetzes: Unfähigkeit des Verurtheilten zum Richteramt, zum Zeugniß, zu einer Curatio, Verlust der Prätexta, der Soleä, des Stimmrechts in Volks- und Abtheilungsversammlungen. Dann folgen Geldstrafen gegen die Richter, welche es mit diesem Gesetz zu leicht nehmen möchten (Klenze Kap. 2.). Den Beschluß machen die Bestimmungen über die Eidesleistungen der Magistrate auf dieses Gesetz (im vierten Kapitel nach Klenze) und der Senatoren (im fünften). Die Magistrate schwören binnen fünf Tagen im Castortempel: palam, luci, in forum versus, per Iovem Deosque Penateis. Die Formel ist: se quae ex hac lege facere oportebit facturum neque sese adversum hanc legem facturum scientem dolo malo, neque sese facturum, neque intercessurum ne quae ex hac lege oportebit fiant. Denselben Eid leistet der Judex, der aus diesem Gesetz zu richten hat. Die Strafe der Eidesweigerung ist Verlust des Amts, für die künftigen Magistrate des Anspruchs darauf, des Stimmrechts im Senat und der Wahlfähigkeit zum Senator [60]). Die Senatoren und wer ohne Senator zu sein, im Senate stimmt [61]), schwö-

60) Puchta über den in der Bantinischen Tafel angeblich vorgeschriebenen doppelten Eid. Rhein. Mus. 1830. S. 387.

61) In §. 21. ist zu restituiren: *Senator queive in senatu sententiam* deixerit. Gell. 3, 18. Klenze's Vorschlag *sena-*

ren denselben Eid mit geringen Abänderungen in zehn Tagen im Tempel des Saturn. Für sie ist die Strafe Verlust des Sitzes im Senat und — nach dem neu entdeckten Bruchstück — des Anrechts auf die Magistratur [62]).

VI. Die Wahlversammlungen.

Qui non trans MARE PEREGRE(*ve*) [63]) LONGIVS P(*assus*) CXX REI P(*ublicae*) CAVSA ERIT, IS MAGISTRORVM (9.) [64]) *comitiis adesto. ni adfuerit, multa* ESTO A(*ssium*) L. (*quinquagenum*).

IDCIRCO NIHILOMINVS DEIERATIO ESTO APVD MAGISTROS.

(10.) *Si falso deieratum fuerit* VTI S(*upra*) S(*criptum*) E(*st*), A(*ssium*) C (*centenorum*) MVLTA ESTO.

(11.) *Qui scierit, magistris denuntia*TO. SI NON DENVNTIARIT, IPSIVS MVLTAM SVFFERTO.

(12.) *Eius rei causa qui uolet ex hac* LEGE ACTIO ESTO.

---

tores, quei sententiam füllt die Lücke nicht aus und übergeht den Unterschied zwischen den Senatoren und Juniores.

62) Aehnlich in der Lex Apuleia Florus 3, 16. rogandis Gracchorum legibus ita vehementer incubuit, ut senatum quoque cogeret in verba iurare. Vgl. Drumann Geschichte Roms. 2, S. 39.

63) Die Abschrift hat PEREGERE, doch ist das E vor R nicht deutlich.

64) In der barberinischen Abschrift steht: REI. P. ERIT. IS. CAVSA. MAGISTRORVM. Dieß ist offenbar ein Irrthum des Abschreibers oder des Arbeiters.

Während die Ernennung des Curator Aquarum durch den Princeps geschah, blieb die Wahl der Magistri Fontium ein anerkanntes Vorrecht der Collegien. In manchen wurde nach dem Vorbild der Priestercollegien ein Quinquennalis perpetuus (wie am Herculesbrunnen auf dem Esquilin) gewählt, oder durch das Loos bestimmt[65]). In andern wechselten die Magisterien gleich den Magistraturen jährlich, man konnte jedoch wiedergewählt werden. Dahin gehören der Fons Palatinus, Lollianus, Scaurianus und andere Brunnencollegien, deren Denksteine Namen Solcher enthalten, die das Magisterium schon zum dritten oder vierten Male bekleiden. In diesen Collegien geschah die Wahl in regelmäßigen Versammlungen der Classis Fontanorum, die in unserm Gesetz, welches auch noch von Suffragien spricht, gewiß noch nicht (wie in der Lex Collegii der Diana und des Antinous col. 2, lin. 24.) Conventus, sondern noch Comitia geheißen haben werden. Das Nähere über Form und Zeit ist nicht erhalten[66]).

Die römischen Senatoren konnten vom regierenden Magistrat durch Multä Dictio und Pignoris Captio zum Erscheinen genöthigt und wegen Ungehorsams gebüßt werden[67]). Durch dieselben Mittel, wenn auch

---

65) Sueton. Dom. 4. Minervae — collegium instituerat, ex quo sorte ducti magisterio fungerentur.

66) Die Fratres Arvales wählten ihren Magister und Flamen von Saturnalien zu Saturnalien unter feierlichen Opfern und Gebräuchen. Vgl. die Wahlprotocolle bei Marini, Atti dei fratelli arvali. Tav. 32. 35. 36. u. a. m.

67) Cic. Philipp. 1, 5. Gell. 14, 7. de pignore capiendo

in zehnfach geringerem Maaßstabe, wurde der Gehorsam des einfachen Bürgers erzwungen. Dagegen stand jedoch theils der Weg der Entschuldigung durch Ehehaften [68]), die aber zu beschwören waren [69]), theils die Provocation an den Populus offen, der die erkannte Mult als eine unrechtmäßig verhängte cassiren oder bestätigen konnte [70]). Prozessualisch unterscheiden sich beide Schutzmittel dadurch, daß im erstern Falle der Magistrat entweder durch Recuperatoren die Entschuldigungsgründe prüfen ließ, oder sie selbst prüfte, während im letztern eine multae certatio eintrat, d. h. über die Rechtsbeständigkeit der Mult zwischen dem Magistrat und dem Bestraften eine Sponsion geschlossen wurde, die der Populus als Wettrichter zu entscheiden hatte.

Diese Willkür will unsere Brunnenordnung den Magistri nicht mehr gestattet wissen.

---

disserit, deque multa dicenda senatori, qui, cum in senatum uenire deberet, non venerit. Weil der Anspruch publicistisch ist, ist er sofort executorisch, weil aber der Ausspruch nur magistratisch ist, erfolgt die Execution extra ordinem.

68) Gell. 16, 4. L. 2—4. pr. in ius uoc. 2, 4. L. 2. §. 1. 2. 9. L. 4. §. 1 — 3. si quis caut. 2, 11. L. 2. de transact. (2, 15.)

69) Cic. ad Att. 1, 1. 12, 13. 14. Liv. 6, 22. (morbum iurare.) Daher die Formel bei Varro ap. Gell. XI, 1. M. Terentio, quando citatus neque respondit, neque excusatus est, ego ei unum ovem multam dico.

70) Polyb. 6, 12. Cic. de leg. 3, 3. Philipp. 11, 8. Liv. 25, 3. L. 244. de V. S. 50, 16. de poena provocatio non est — at multae provocatio est, nec ante debetur, quam aut non est provocatum aut provocator uictus est. Orelli 2488. s. o. S. 212.

Die obrigkeitliche Mult weicht nach ihr einer gesetzlichen Strafe, die zwar den alten Namen multa noch fortführt, rechtlich aber eine poena ist, von der keine Provocation mehr gilt, da der Populus Collegii in ihr seinen Willen ein für alle Male ausgesprochen und sich der Bestätigung oder Begnadigung im einzelnen Fall begeben hat. Die Strafe beträgt, da sie nicht den Ordo und die Magistri, sondern die Plebs Collegii trifft, nur den zehnten Theil der obigen, den Betrag des quinquagenarium sacramentum.

Dem gemäß mußten auch die Entschuldigungsgründe gesetzlich bestimmt werden. Das Gesetz erkennt nur Abwesenheit an, ohne der andern Entschuldigungen Note 68. zu erwähnen. Es vermeidet jedoch den überaus vieldeutigen Ausdruck abesse, welcher den Ort, von dem man abwesend sein muß, ganz unentschieden läßt [71]), und nimmt in weit genauerer Fassung den aus, welcher 1) über See [72]), oder 2) ein Stadium [73]) oder weiter über Land (peregre) ist. In beiden Fällen wird jedoch vorausgesetzt, daß die Reise rei publicae causa gemacht sei, worunter hier nicht bloß Staatszwecke, son-

---

71) L. 199. de V. S. (50, 16.) (Ulp.) Absentem accipere debemus eum, qui non est eo loci in quo loco petitur: non enim trans mare absentem desideramus et si forte extra continentia urbis sit, abest. ceterum usque ad continentia urbis non abesse uidebitur, si non latitet.

72) L. Servilia. lin. 23. aberit, queive trans mare erit. L. 11. §. 2. de min. 4, 4.

73) Plin. 2, 23, 21. Colum. 5, 1. Censorin. de die nat. 13.

dern auch die Angelegenheiten des Collegiums, welches ja ebenfalls eine Respublica bildet, gemeint sein mögen.

Durch die Verwandlung der Mult in eine gesetzliche Strafe könnte auch die eidliche Reinigung (deieratio) aufgehoben scheinen. Diese soll aber nichtsdestoweniger (nihilominus), wiewohl nur über die gesetzlichen Ausnahmefälle (idcirco) beibehalten werden. Da jedoch fortan nicht die Obrigkeit, sondern das Gesetz den Widerspänstigen in die Buße verurtheilt, so tritt im Läugnungsfalle Litiscrescenz ein [74]) und die Strafe wächst auf hundert As, oder ein doppeltes quinquagenarium sacramentum.

Wegen unterlassener Denunciation finden dieselben Strafen statt.

Der ganze Abschnitt ist besonders als geschichtliches Zeugniß über den oben erwähnten Untergang des democratischen Elements in den Collegien merkwürdig. Während im Staat und den Städten der Ordo die Comitien, die Regierung die Volksrechte erbte, wird umgekehrt in den Collegien der Populus (uniuersi) zum Ordo gemacht. Darin aber stehen sich beide gleich, daß in dem einen wie in dem andern Falle das Suffragium aus einem hohen Vorrecht zu einer Zwangspflicht wird, die bei abnehmendem Gemeinsinn den Genossen durch Geldstrafen und ein Denuntiationssystem aufgenöthigt werden muß.

---

74) Zeitschrift 14, S. 365 f.

VII. Die Multä Dictio der Magistri.

(13.) *Magistro ex hac lege multam dicere* LICETO SI SEMEL SI SAEPIVS VOLET. DICTIO ESTO A(*ssium*) I. (*singulorum*.)

Mit der Juris Dictio [75]), ja schon mit einer commissarischen Judicatio [76]) ist die Befugniß verbunden, gegen den Widersetzlichen eine willkürliche Vermögensbuße auszusprechen (multam dicere) und durch Pfändung (pignoris captio) beizutreiben. Indeß durften die Magistrate und Priester allemal nur den kleinern Theil des Vermögens einziehen (dum minoris partis familiae taxat multare) oder durch Urtheilsspruch den sacris zuwenden (in sacrum iudicare) [77]). Die Consecration des Caput und des größern Theils der Familia dagegen war eine Kapitalstrafe, welche nicht durch die obrigkeitliche Gewalt, sondern nur durch das Volk, also durch eine Lex oder was deren Stelle vertritt (wie die alten Gewohnheiten im Jus Papirianum), verhängt werden konnte [78]). Außerdem durfte die Buße erst all-

---

75) L. 2. de iurisd. (2, 1.) (Iavolenus.)

76) L. 131. §. 1. de V. S. (50, 16.)

77) Lex Silia (bei Festus v. publica pondera). Lex Acilia (?) lin. 9. 10. (Haubold monum. n. VIII. p. 75.) Fragm. plebisciti (Inschrift von Tobi) ib. n. XIII. lin. 6. Das oskische Gesetz auf der bantinischen Tafel Z. 12. 13. 17. 28. 26. 27. Mommsen, Zeitschr. 13, 159—161.

78) Cato ap. Gell. VII. 3. quae tandem lex est tam acerba, quae dicat: si quis illud facere voluerit mille nummi, dimidium familiae multa esto. — Wie die minor pars populi nicht der Populus (Cic. adv. Rull. 2, 7.), die minor pars

mälig steigen, so daß im Hirtenalter, als sie noch in Vieh ausgedrückt wurde und noch nicht auf Staatsgeld reducirt war, dem Magistrat nicht gestattet ward, ein Rind zu nehmen, bevor er zwei Schafe aberkannt hatte. Endlich fand sie nach der Lex Menenia Sextia (302) in zwei Schafen und dreißig Rindern und nach der Lex Tarpeja Aternia (300) (welche die Multen ästimirt hatte, wie ja die zwölf Tafeln kurz darauf auch die Sacramenta im Kupfergelde des Staats ausdrückten) in drei Tausend und zwanzig Assen überhaupt ihre äußerste gesetzliche Höhe [79]). Im Wege der Gnade, durch billigen Ansatz [80]) oder Berücksichtigung der Vermögensumstände [81]) traten noch andere Milderungen ein.

Seit dem Untergang der Republik wurde dieses uralte Recht, mit dem die Obrigkeit in patriarchalischen Zuständen mehr ausgerichtet hatte, als später mit schweren Criminalstrafen [82]), wichtigen Einschränkungen un-

---

gregis nicht die Heerde ist (L. 2. de R. V. 6, 1.), so ist auch erst die maior pars familiae das Vermögen. Auf der andern Seite ist die maior pars das Ganze, z. B. im Ordo L. 19. ad mun. (50, 1.), im Volke L. 160. §. 1. de R. I. (50, 17.), im Tage L. 2. §. 1. de V. S. (50, 17.), im Jahre Gai. 4, 150, 152, nur daß in jenem die ersten sieben Stunden, in diesem dagegen auch die letzten sieben Monate die maior pars bilden.

79) Festus v. Maximam, Aestimata, Peculatus. Gell. 11, 1. Plin. 18, 3. Plutarch. Poplic. 11. Vgl. Puchta, Cursus der Inst. I. §. 53. S. 183.

80) Cic. de re publ. 2, 35. levis aestumatio pecudum in multa lege C. Iulii. P. Papirii consulum (a. 324.) constituta est.

81) L. 6. §. 9. de off. praes. (1, 18.)

82) Cic. de re publ. 2, 9. multaeque dictione ovium et

terworfen. Es wurde Grundsatz, es nur den Staatsbehörden (quibus publice iudicium est) zu lassen, den Corporationen aber nach und nach zu entziehen, oder doch nur ausnahmsweise zu gestatten [83]). Im Jahr 695 der Stadt hatten noch die Aedilen eines Peltuinischen Vicus, des Dorfes Furfo, jetzt Fursona, die unbegränzte Multä Dictio unter Provocation an die Gemeinde (S. 212.). Sechszehn Jahre später gestattete die Lex Rubria den Magistraten im cisalpinischen Gallien nur noch eine Strafklage vor Recuperatoren. Den städtischen Quinquennalen war auch dieses poenale iudicium entzogen, da sie keine Jurisdiction hatten [84]).

Danach kann es nicht befremden, wenn dem Curator Aquarum in der Lex Quinctia (745) die volle multae dictio, pignoris captio und coercitio eingeräumt wird [85]), während die arbiträre Strafgewalt der Brunnenvorsteher durch unsere Brunnenordnung, selbst im Wiederholungsfall [86]) nicht über die unbedeutende Summe

boum, quod tum erat res in pecore ex locorum possessionibus, ex quo pecuniosi et locupletes vocabantur, non vi et suppliciis coercebat.

83) L. 2. §. 8. de iud. (5, 1.) Als Staatsbehörden gelten die Statthalter des Princeps und die Magistrate des Populus, L. 131. §. 1. de V. S. (50, 16.), doch wurde den niedern Magistraten, Tribunen und Aedilen das Recht sehr beschnitten. Tac. ann. 13. 28. (a. 810.) L. un. §. 2. de via publ. (43, 10.) An die Stelle der Provocatio an den Populus tritt die Appellation. L. 2. quis a quo (49, 3.).

84) L. 3. C. de modo mult. (1, 54.)

85) Der Procurator (Frontin. c. 105.) hatte sie aber nicht. L. 2. C. eod.

86) Si semel si saepius, oder kürzer semel saepius, im Be-

eines As wachsen soll, so daß sie den Namen einer Mult im eigentlichen Sinn, d. h. einer successiven Vermögensbuße im Grunde gar nicht mehr verdiente, wie sie auch wohl nicht mehr zur Kasse floß, sondern ein kleines Dienstemolument des Magister bildete.

VIII. Die Rechte der Walker.

(14.) *Ni quis fullonicas instituisse* NIVE CRETVLENTVM EXEGISSE VELIT, NISI IN DVABVS LACVNIS PRIVS EMET. (15.) *nive fulloni magisterium capere*. GERERE LICETO, MAGISTRISVE DENVNTIAMINO IN BIDVO CONTINVO. NI NVNTIAB(it) (16.) *quotiens artis causa ad aquam* VENERIT, MVLTA A(ssium) V. (*quinum*) ESTO.

Wie in andern Städten Italiens [87]) bildeten auch in Rom die Walker (fullones) eine zahlreiche, meist aus Sklaven [88]) oder Freigelassenen bestehende Innung mit Magistri und Quinquennalen an der Spitze und Knechten (ministri, ministeria) für die niedern Dienstleistungen.

Das Wasser, dessen sie zu ihrem Gewerbe, zum Waschen und Reinigen der Kleider, zum Walken und Fär-

---

nafraner Decret Zeile 10., steht für sivt — sive: Gell. 2, 28. L. 14. de transact. (2, 15.) Ueber die Bedeutung von volet: L. 11. §. 6. de leg. 3. (32.) L. 6. §. 1. ad S. C. Tert. (38, 17.)

87) Orelli 3291 (Pompeji) 4056 (Falerone) 4091 (Spoleto).

88) Varro de re rust. 1, 16. L. 28. de reb. dub. (34, 5.) L. 1. §. 1. de trib. act. (14, 4.) L. 13. §. 8. de usufr. (7, 1.)

ben des Tuchs nicht entrathen konnten[89]), wurde ihnen aus den fremden Wasserleitungen nur spärlich gewährt. Aus diesen stand nämlich nur den Censoren, und in deren Ermangelung den Aedilen während der Republik das ius dandae vendendaeve aquae zu[90]). Die Verleihung umfaßt aber stets nur den Vortheil des Besitzens und Behaltenkönnens (habere licere). Es wird daher nur durch eine censorische Location (venditio) gegen einen Canon an den Staat (vectigal) ausgethan. Auf eine Veräußerung durch In Jure Cessio oder Mancipatio, die nicht bloß ein erbzinsliches, sondern ein eigenes volksrechtlich geschütztes Recht übertragen hätte, ließ sich der Staat gar nicht ein. Selbst auf Erbenzins aber überließen jene Magistrate den Privaten nur das Wasser, welches aus den Leitungen und Behältern überfloß und ohne die Verleihung verloren gewesen wäre (aqua caduca). Ja auch dieses erhielten nur die Badeanstalten und Walkmühlen gegen Entrichtung des üblichen Vectigal[91]). In der Kaiserzeit, als Wasser im Ueberfluß

89) Nonius de var. signif. p. 245. (Mercer.) Titinnius fullonia: Terra haec est, non aqua, ubi tu solitus argutari pedibus, cretam cum compescis vestimentaque lavas. Macrob. sat. 2, 2. Faustus, Sullae filius, cum soror eius eodem tempore duos moechos haberet, Fulvium, fullonis filium et Pompeium cognomine Maculam: Miror, inquit, sororem meam habere maculam, cum fullonem habeat.

90) Frontin. c. 95. In den Landstädten hatten die Duumvirn und Präfecten, einzeln und collegialisch, das ius uendendi: Decretum Venafranum lin. 35. ed. Mommsen bullettino dell' instituto. Nov. 1846. No. XI. Neue Anlagen beschloß der Ordo. Orelli 3845.

91) Frontin. c. 94. cautum ita fuit ne quis priuatus

vorhanden und das Recht der Verleihung auf den Princeps und seinen Fiscus übergegangen war, wurde zwar das beste Trinkwasser, die Claudia, ja die Marcia auch den Walkmühlen und Bädern zugetheilt: dieß aber war ein Mißbrauch der Aquarii, welchen gewissenhafte Curatoren niemals duldeten, und dem namentlich Frontin während seiner Verwaltung auf das Entschiedenste entgegen trat[92]).

Die Walker waren demnach hauptsächlich an die Brunnen gewiesen. Aber auch hier konnten sie *ein volksrechtlich geschütztes Recht* nur dann *erwerben, wenn der* Brunnen Privateigenthum war, und der Eigenthümer entweder das Eigenthum des Grundstücks oder den usus aquae, welcher jedoch einem nicht in der Nähe ansässigen Walker nur für seine Lebensdauer bestellt werden konnte[93]), in civilrechtlichen Formen abzutreten sich be-

---

aliam ducat, quam quae ex lacu humum accedit (haec enim sunt verba legis) id est eam, quae ex lacu abundavit: eam nos caducam vocamus et haec ipsa non in alium usum, quam in balnearum aut fullonicarum dabatur eratque vectigalis statuta merces, quae in publicum penderetur: aliquid etiam in domos principum civitatis dabatur, concedentibus reliquis. Daher Cic. agr. 3, 2. ego Tusculanis pro aqua Crabra vectigal pendam...

92) Frontin. c. 91. 92.

93) L. 21. de usu (7, 8.). usus aquae personalis est et ideo ad heredem usuarii transmitti non potest. Als Prädialservitut kann die Wasserbenutzung iure civili 1) nur vom caput aquae aus bestellt werden, welches allein eine perpetua causa hat. L. 19. pr. 28. de S. P. R. (8, 2.) L. 9. de S. P. R. (8, 3.) Außerdem existirt auch keine Juris Possessio, L. 1. §. 1. 5—8. 38. 39. 45. de aqua quot. (43, 20.) L. 1. §. 4. de fonte

reit finden ließ: und selbst als Eigenthümer würde der Walker nicht das Recht haben, das verunreinigte und gesammelte Wasser auf die Grundstücke der Nachbarn fließen zu lassen:

L. 3. pr. de aqua pluv. 39, 3. Apud Trebatium relatum est, eum, in cuius fundo aqua oritur, fullonicas circa fontem instituisse et ex his aquam in fundum vicini immittere coepisse: ait ergo non teneri eum aquae pluuiae arcendae actione. si tamen aquam conrivat vel si spurcam quis immittat posse eum impediri plerisque placet.

War dagegen der Brunnen ein gemeiner öffentlicher Brunnen, so erhielten die Walker selbst für Geld immer nur eine entweder persönliche oder erbenzinsliche Nutzung, welche nicht vor dem Volke oder dem Gericht durch Mancipation oder Cession eingeräumt, sondern von dem Magister, welchem das ius uendendae aquae nach den Statuten zusteht, durch Venditio oder Locatio außergerichtlich übertragen wird und eben deßhalb auch nicht unter volksrechtlichem (quiritischem) Schutz stehen kann. Selbst dieses beschränkte Recht aber, oder doch wenigstens die Befugniß, ein cretulentum zu fordern, soll der Walker erst dann ausüben, wenn er zuvor einen Contract über wenigstens zwei Gruben (lacunae) abgeschlossen hat und damit er nicht etwa als Magister des Brun-

(43, 22.), 2) nur insofern sie fundo utilis und dieser ein praedium uicinum ist. L. 14. §. 3. de alim. (34, 1.)

nencollegiums Unterschleife begehe, soll er die Wahl entweder gar nicht annehmen, oder doch den übrigen Magistri sofort Anzeige machen.

Die Schwierigkeit dieser Stelle liegt in dem sonst nirgends vorkommenden cretulentum exigere. Dirksen, welcher, wie gesagt, unsere Lex auf Steuerpachtungen bezogen wissen will, denkt dabei an die Insel Creta und verweist auf die L. 15. de publicanis (13, 4.), in der ein gewisses Vorrecht interpretirt wird, welches der Censor oder Kaiserliche Fiscus (Caesar), als er die dortigen Schleifsteingruben verpachtete (cum insulae Cretae cotorias locaret), den Unternehmern eingeräumt hatte [94]). Aber es gab noch eine creta, welche den Walkern näher lag als die gleichnamige Insel, wenn sie auch — wie alle Kreide — ihre allgemeine Bezeichnung von ihr entlehnte. Dieß war die Walkererde, creta fullonia genannt, weil die Walker sie brauchten, um den gewaschenen, geschwefelten und gefärbten Kleidungsstükken oder Tuchen die erforderliche Weiße, Farbe oder Politur zu geben (ad polienda vestimenta) [95]). Sie mag ursprünglich von der Insel Cimolus im ägeischen Meer gewonnen sein, allein im gemeinen Leben hat sich

94) L. 15. de publican. (39, 4.) (Alfenus.) Caesar eum insulae Cretae cotorias locaret, legem ita dixerat: Ne quis praeter redemtorem post Idus Martias cotem ex insula Creta fodito neve eximito neve avellito. Beruht am Ende gar das viel bestrittene Caesar für censor auf den Idus des März es?

95) Gaius 3, 143. 162. Paul. rec. sent. 2, 31. 29. §. 1. I. de locatione (3, 24.). L. 2. de cond. sine causa. (12, 7.) L. 12. pr. de furt. (47, 2.) L. un. de via publ. (43, 10.)

auch bei dem Namen Cimolia die ursprüngliche Bedeutung verwischt, denn es gab sardische Cimolia, die nach dem Maaß verkauft und als die schlechtere nur bei weißem Tuch anwendbar war, während die umbrische Cimolia, der sogenannte Stein (saxum), gewogen und nur zur Politur gebraucht ward. Eine Lex Metella, wahrscheinlich ein Contractsentwurf bei der Location der aqua caduca an die Walker und daher auch nur nach dem Cognomen benannt, aber von den Censoren L. Flaminius und L. Aemilius im Jahr 534, um den in der Noth des punischen Kriegs übel angebrachten Aufwand zu beschränken, zum Gesetz erhoben, bestimmte auf das Genauste, welcher dieser Kreidegattungen sich die Walker bei jeder Art von Kleidern bedienen sollten[96]).

Damit ist aber die rechtliche Natur des cretulentum noch keineswegs außer Zweifel gesetzt. Daß es eine Abgabe sein muß, ist freilich durch die Beitreibung (exigere) klar. Es könnte aber ebensowohl eine Abgabe bedeuten, welche die Walker an die Magistri Fontani dafür zu entrichten haben, daß sie das Wasser durch ihre Kreide verunreinigen, wie umgekehrt einen Beitrag, den die Walker von den Brunnenmeistern fordern, um sich dafür beim Kreidehändler[97]) Kreide zu kaufen. Im ersten Fall würde das Wort mehr im Sinn von lutu-

96) Plinius 35, 17. Fehlerhafte Auszüge giebt Isidor. 15, 1.

97) Orelli 2029. cretarius negotiator. 4023. cretaria ars. Grut. 641, 3. 4. taberna cretaria. cf. Varro de ling. lat. 8, 55.

lentum, im letztern mehr in der Bedeutung von esculentum und poculentum (L. 3. §. 3. 4. de penu 39, 9.) gebraucht sein.

Mir scheint die zweite Bedeutung des Kreidegeldes entschieden die richtige. Abgesehen davon, daß die Verunreinigung des Wassers schon im Kauf- oder Miethgelde der Walker veranschlagt ist, und ein Verbot gegen die eigenen Magistri nicht durch exegisse uelit [98]), sondern direct durch ne exigito ausgedrückt sein würde, ergeben dieses die schon oben erwähnten, zuerst von Fabretti [99]), zuletzt von Kellermann [100]) mitgetheilten Actenstücke aus dem Prozeß der Walker mit dem Quinquennalis des Herculesbrunnens am Esquilin, von denen die Haupturkunde so lautet:

IX. Die Lis Fullonum.

Herculi sacrum. posuit | P. Clodius Fortunatus q. q. (quinquennalis) perpetuus huius loci |.

Interlocutiones | Aeli Floriani, Herenni Mo-

---

98) L. 39. §. 6. 7. L. 40. pr. de proc. 3, 3. Cato's Auslegung von voluerit wird verworfen: Gell. 7, 3. (Note 78.)

99) Fabretti cap. 6. n. 170. p. 278. „Antiquissimus igitur ceterorum lapidum sequens erit, nuper (1699) repertus ad Aggerem Servii pone ecclesiam S. Antonii Abbatis in Exquiliis, Severo Alexandro contemporaneus." — Am Schluß: „Basis in Museo Ciampino."

100) Ol. Kellermann Vigilum Rom. latercula duo Coelimontana (1835) pag. 30. num. 15. „Exscripsi Romae in museo Capitolino."

5. *destini et Faltoni | Restutiani, praeff.*[101]) (*praefectorum*) *vigil*(*um*) *P. P. V. V.* (*perfectissimorum virorum*)[102]).

Florianus d(*ixit*). *Quantum ad formam a me datam perti|net, quoniam ne convenis, de hoc inprimis tractan|dum est. Ita interlocutum me scio esse hesterna | die, docere par-*
10. *tem diversam oportere: hoc | ex sacra auctoritate descendere, ut pensiones | non dependerentur. et respondit: se quibus | cumque rationibus posse ostendere, hoc | ex sacra auctoritate observari. et hodie hoc | dicit: ex eo tempore,*
15. *inquit, ex quo Augustus | rempublicam obtinere coepit, usque in hodier*(*num*) *| numquam haec loca pensiones pensitasse. | Et infra Florianus d*(*ixit*)*: vidi locum dedicatum | imaginibus sacris.*

Et alio capite | Modestinus d(*ixit*)*: si quid*
20. *est iudicatum, habet | suam auctoritatem, si est, ut dixi, iudicatum. | Interim apud me nullae*[103]) *probationes exhi| b*(*entur*), *quibus doceantur fullones in pen |* (*sionibus*) *conveniri*[104]).

Et alio capite | (*Restutia*)*nus c. c. c.* (*cum consilio collocutus*) *d*(*ixit*)*: manifestum est,*

---

101) Fabretti: praef.

102) Orelli 3100. 3764. Marini Atti p. 555. 627. Note 401.

103) Fabretti: multae.

104) Kellerm. inpen|........f conveniri.

25. *quid* | *indica(nt) p. p. v. v. (perfectissimi viri) nam* [105]) *Florianus partibus* | *suis diligentissime functus est, qui, cum in* | *rem praesentem venisset, locum inspexit* | *et universis indiciis examinatis, senten* |[106]) *tiam de eo loco, de quo*
30. *maxime* | *queritur proinde, revocatum* | *non est* [107]).
D(ixit) infra Restutianus [108]) |: *Modestinus quoque secutus res* | *a Floriano iudicatas pen-*
35. *siones* | *exigi prohibuit. Infra* | *Restutianus d(ixit)* [109]): *illut seruabitur* | *fontanis, quod obtinuerunt* | *apud suos iudices et quod habue* | *runt in hodiernum sine pensione* [110]).
| *Ex Alexandro Aug(usto) II et Marcello II*
40. *cos.* | *litigatum* [111]) *es(t)* — *(in* | *Pere)grini et (Aureliani) cos.* | *dies.*

---

105) Bei Fabretti fehlt Z. 23.: nus. c. c. c. Z. 24. p. p. v. v. Kellermann's Lesarten bestätigt auch Marini, Atti p. 555., der sie nur mit Unrecht Fabretti zuschreibt.

106) Fabretti: „Sequitur latere intuentibus dextro." Kellermann versichert die Identität des Materials, der Höhe, der Schrift. Diese letzte muß aber in neuerer Zeit sehr gelitten haben, denn er giebt sie weit unvollständiger als Fabretti. „Supplementa tabulae minoris e Fabretto sumpsisse me dixi, quum multa legerit, quae hodie euanuerunt."

107) Wahrscheinlich ist zu verbessern: queritur, protulit. Inde provocatum non est. Kellermann hat PROTVlit a qua prouocatum | NON EST.

108) Kellermann ET INfra Restutianus D.

109) Kellermann: RESTITVI EX...

110) Kellermann: „Inter RVNT IN HODIER... et EX ALEXANDRO AV.. uacuum integri versus spatium inueni; attamen nihil certo erasum est."

111) Fabretti: dedicatum.

Von einem Duplicat dieses Actenauszugs, welches sich auf einen der benachbarten Brunnen der Minerva Augusta[112]) oder der Diana (Fabretti n. 495. 496. 498.) bezogen haben wird, ist die rechte Seite erhalten (Fabretti n. 171.), welche, den letzten zehn Zeilen (Z. 29—39.) entsprechend, so lautet[113]):

sententiam de eo loco, de quo cum maxime | queritur, protulit, a quo provocatum non | est.

Et infra Restutianus d(ixit): Modesti-
5. *nus | quoque secutus res a Floriano iudicatas | pensiones exigi prohibuit. et infra Rest|utianus d(ixit): illut servabitur fontanis | quod optinuerunt aput suos iudices | et quod habuerunt in hodiernum sine | pensionem.*

Actum IIII Idus Mar(tias) ann ....
10. |..........[114]) *victoriam percepimus. | Litigatum est ex Alexandri Augusti II et | Mar-*

---

112) Minerva ist auch Patronin der Walker. Eine Inschrift bei Marini, Atti p. 416. (Orelli 4091), lautet: Mineruae do | fullones | magistri quinquei | curauere | L. Euuli. C. L. Statius | P. Oppi. L. L. Pillonicus | L. Magni. L. L. Alaucus | Pampilus Turpili. T. S.

113) Fabretti: „in quodam columnae frusto abscisso et complanato hoc aliud earundem interlocutionum fragmentum ibidem effossum est." Dieß ist aber wohl nur in der im Text aufgestellten Bedeutung richtig, nicht in dem wörtlichen Sinn, in welchem es Kellermann p. 31. und Spangenberg tab. negot. (1822.) n. LXIII. nehmen, indem sie aus beiden Stücken eine und dieselbe Urkunde machen, die nur auf verschiedene Weise ergänzt sei. Es müßte denn Fabretti dasselbe Stück zweimal abgeschrieben haben. 114) Vielleicht anno decimo nono.

celli II cos. in Peregrini et | Aemiliani cos. dies.

Die Abgabe, welche die klagenden Walker forderten, war ohne Zweifel unser Kreidegeld und beruhte demnach bloß auf dem Herkommen. Der klägerische Anwalt gründete sie aber statt dessen aus Unwissenheit oder Unvorsichtigkeit auf die Behauptung: die streitige Localität sei ein der klagenden Corporation gehöriges Vectigalgrundstück im Besitz der beklagten.

Diese konnte daher nur den Streitfleck, die lacuna oder den Trockenplatz, für einen locus sacer erklären, dessen Benutzung die Kläger ihr um einen Zins abpachten müßten.

Auf diese Weise wurde der ganze Streit zu einer Frage über das Eigenthum an dem streitigen Brunnen, in welcher die Kläger, ungeachtet des für sie günstigen Beweisresoluts, nothwendig unterliegen mußten.

Der erste Richter verlangte nämlich von den Beklagten den Beweis, daß sie von demselben keinen Canon bezahlt hätten und diese Abgabenfreiheit auf eine Anordnung des Kaisers (sacra auctoritas), der als Pontifex maximus die Oberaufsicht über den Kultus hatte, zurückführen könnten. In früherer gläubiger Zeit hätte die Beweisresolution wahrscheinlich anders gelautet, in der Zeit des sich auflösenden Heidenthums aber wurde im Zweifel gegen die Interessen der Religion gesprochen. Uebrigens ist es ein Irrthum, wenn man in dieser Resolution einen Vorläufer unserer deutschen Beweisinterlocute zu entdecken geglaubt hat: der wesentliche Un-

terschied ist, daß sie niemals rechtskräftig geworden wäre [115]).

Die Beklagten traten den Beweis durch Augenschein und Urkunden an, der Richter nahm an Ort und Stelle eine Besichtigung vor und überzeugte sich durch den Anblick der Götterbilder und Dedicationsurkunden [116]), daß der Ort in der That ein heiliger sei.

Dieser Ueberzeugung gemäß wies er die Kläger ab, diese beruhigten sich bei dem Spruch, wenigstens appellirten sie nicht, obgleich sie von dem Ausspruch des Präfectus Vigilum als kaiserlichen Commissars (iudex a principe datus) an den Princeps als Committenten hätten gehen können [117]). Der Vorstand des verklagten Brunnencollegiums ließ daher als Denkmal des errungenen Sieges eine Ara mit der Aufschrift: M. Alexandro | Aug. et Marcello cos. (226.) Vic|toriae [118]) sacru|m. P. Clodius For|tunatus Q. Q. (quinquennalis) Collegii Fon(tanorum) errichten, welche nach

115) Planck, die Lehre vom Beweisurtheil. 1848. S. 126.

116) Das Herculesbild bezieht sich auf die Befreiung des Wassers vom lernäischen Drachen. Festus v. Servilius lacus — in quo loco fuit effigies hydrae posita a M. Agrippa. Orelli 1560: Herculi Genio | loci fontibus calidis Calpur|nius Iulianus | V. C. leg. leg. V. Mag. | Leg. Aug. pr. pr. Moes. | V. L. S. (Aus einem römischen Bade in Dacien.)

117) L. 1. pr. 3. Quis a quo (49, 3.). In der Aufsicht über die Löschanstalten L. 3. §. 4. de off. praef. vigilum (1, 15.), die dem Präfecten von Amtswegen zusteht, würde eine Cognition wie die unsrige noch nicht enthalten sein. Es bedurfte also eines Specialcommissoriums.

118) Anspielung auf den Hercules Victor: Orelli 563. 1042. 1550. 1551. 2206. oder invictus 1541. 1542. 1549. 4957.

Marini's Versicherung im Museo Borgiano noch heute vorhanden ist [119]).

Inzwischen hatte Florianus, der erste Richter, vom Kaiser in der Person des Kronjuristen Modestinus einen Nachfolger im Amt des Präfectus Vigilum erhalten. Dieß dürfte man schon nach Fabretti's Text daraus schließen, daß alle drei Richter perfectissimi viri genannt werden, mithin eine und dieselbe Würde bekleideten, weßhalb der Titel praef. nicht bloß auf den letzten zu beziehen und statt praefecti in praefectorum aufzulösen war. Völlig außer Zweifel setzt es der Kellermann'sche Text, indem er in der fünften Zeile statt des Fabretti'schen praef. vielmehr praeff. giebt, welches nur praefectorum heißen kann [120]).

Bei diesem traten die Kläger mit der Supplication [121]) und Richtigkeitsbeschwerde wegen Nachlässigkeit des vo-

119) Marini Atti. p. 556. Die höhere Würde des Q. Q. perpetuus (Orelli 4054.) besaß Clodius damals noch nicht.

120) Die gewöhnliche Annahme: Modestin habe unsern Prozeß als Statthalter von Dalmatien entschieden (Io Bertrand. βίοι νομικῶν (1617) I. 31. Io. van Nipsen ad fragm. Modestini (1750) in Oelrich's Thes. diss. belg. Vol. I. T. 1. n. 1. p. 5—7. Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts I. §. 102.), ist dadurch entstanden, daß man sich um den Fundort unserer Inschrift gar nicht bekümmert, und in L. 52. §. 50. de furtis (47, 2.) statt des florentinischen: quod et Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi willkürlich Proconsuli me aus dem Rehdiger'schen consuli meo gemacht hat, ohne zu beachten, daß die Stelle einen ganz verschiedenen Fall behandelt. Die Combination ist eine der unglücklichsten, die je gemacht sind.

121) Hollweg Gerichtsverf. (1834) §. 34. S. 372. Note 10. 11.

rigen Richters auf. Modestin erklärte, es komme gegenwärtig allein auf die Gültigkeit des Judicats an: si quid est iudicatum, habet suam auctoritatem, si est, ut dixi, iudicatum, d. h. vorausgesetzt, daß ein Judicat juristisch existirt. Obwohl nun in dieser Instanz über Entrichtung eines Miethzinses der Walker keine Beweise beigebracht worden seien, bestätigt er dennoch das vorige Urtheil darin, daß er den Anspruch der Walker auf eine Abgabe verwirft.

Das Erkenntniß in der Richtigkeitsinstanz ist null, wenn ein Richter ein gültiges Urtheil erster Instanz für ungültig erklärt und umgekehrt [122]). Daher versuchen die Kläger eine abermalige Richtigkeitsbeschwerde bei Modestin's Nachfolger, dem Präfectus Vigilum Faltonius Restitutianus, unter dem Vorwand, Modestin habe ein nichtiges Judicat für gültig erklärt [123]). Diese zweite Supplication wurde durch Erkenntniß vom 12ten März 244 verworfen und das vorige Urtheil bestätigt. In den Gründen wird die Competenz der vorigen Richter (aput suos iudices) [124]), die also in den Richtig-

122) L. 1. pr. Quae sent. (49, 8.) (Macer) si quaeratur iudicatum sit nec ne et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaverit, licet fuerit iudicatum: rescinditur si prouocatum non fuerit.

123) Die Appellation war, vielleicht wegen der Cautionen und Succumbenzstrafen (Paulus rec. sent. V, 33. §. 1. 8.), versäumt. Ob die Strafe des Doppelten (Zeitschrift 14, 9. S. 311.) auf die Supplication beim Nachfolger angewendet wurde, steht dahin.

124) L. 1. C. ad L. Fab. (9, 20.) (Antonin. 214.) L. 4. C. de crim. stell. (9, 34.) (Philippus 245.) L. 1. C. de uend. rer.

keitsgründen angefochten sein muß, die sorgfältige Beweisführung in erster Instanz, die Auctorität zweier Vorentscheidungen und der Mangel eines Vectigal der Fontani hervorgehoben.

Der Prozeß hatte volle achtzehn Jahre gedauert, aber nicht, wie man gewöhnlich annimmt [125]), in erster Instanz (diese war schon im ersten Jahr, 226, beendigt), sondern in drei Instanzen, da erst das dritte unter drei gleichlautenden Erkenntnissen jedes fernere Rechtsmittel ausschloß [126]). Selbst diese aber würden *nicht so lange* gewährt haben, wenn die Kläger statt der *Supplication* und Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Amtsnachfolger des Präfecten, sofort die Appellation an den Princeps ergriffen hätten. Diese Erklärung der langen Prozeßdauer gilt überall, wo kaiserliche Richter entscheiden [127]). Denn

---

fasc. (10, 4.) (Alex. 226.) L. 2. C. de iure reip. (11, 29.) (Antonin.)

125) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung. S. 231. Note 61. Kellermann a. a. O. S. 31.

126) Martial. 7, 15. Lis te bis decimae numerantem frigora brumae Conterit una tribus Gargiliane foris. Dieser Satz ist also nicht erst durch L. un. C. ne lic. (7, 70.), L. un. C. Th. de poss. ab eo qui bis provoc. transf. (11, 38.) erfunden. Für die Ausdehnung dieser Beschränkung auf die Nichtigkeitsbeschwerde spricht auch die innere Wahrscheinlichkeit. Ohne sie und die Strafe des Doppelten würde es um die Wirksamkeit des Urtheils geschehen sein.

127) Frontin. lib. II. de controv. agr. p. 57. sed et inter res publicas frequenter — contentio agitur de his locis, in quibus conventus fiunt maiores et aliquod genus vectigalis exigitur — sicut in Africa inter Adrumetinos et Tysdritanos de aede Mineruae, de qua iam multis annis litigant. Orelli. 3671. Grut. 462, 1.

in erster Instanz stand auch der vom Kaiser gegebene Richter nach der Lex Julia nur drei Saisons (semestria, actus rerum), also anderthalb Jahre hindurch den Parteien zu Gebot und nur dem alten Volksgericht der Centumvirn ließ man, vielleicht nicht ohne die Absicht, auch diese republikanische Institution in Mißcredit zu bringen, die uralte civile Perpetuität, indem man von Zeit zu Zeit außerordentliche Hülfsarbeiten anordnete, die das Ansehen des Gerichtshofes eher zu schmälern als zu heben geeignet waren.

X. Die Jurisdiction der Magistri.

(17.) *Si quis h(ac) l(ege) multam petere uoluERIT*, EX H(*ac*) L(*ege*) MAGISTER MAGISTRIVE IVDICIVM DANTO, QVI INIVRAVERIT (18.) *ita, uti s(upra) s(criptum) e(st).*

*Recuperato*RIS RECVPERATOREM VNVM COMMVNEM ADEVNTO SIMVLQVE IVRANTO (19.): *sese uere et ex h(ac) l(ege) iudicaturum.* NI ITA IVRASSIT, MVLTA ESTO A(*ssium*) D (*quingenum*).

(20.) *Si sciens d(olo) m(alo) aduersus hanc legem* IVDICASSIT, ITA VTI S(*upra*) S(*criptum*) E(*st*) MVLTA ESTO.

RECVPERATORE VNOQVO[T]QVE (21.) *in iusiurandum adacto, actor fac*ITO VTI IVRET, ISQVE SI (*i*)BI TESTIVM CAVSA ESSE DICET, MAGIS(*ter*) QVAM (22.) *primum facito iudicetur.*

I(n) d(iebus) — *perpe*TVIS REM IVDICANTO. NI ITA

IVDICA[CA]RINT, ITA (*uti s(upra) s(criptum) e(st)* MVLTA ESTO.

RECVPER(*ator*), (23.) *qui luminibus captus erit, iuraTO* ESSE (*legendum: sese*) ITA GNATVM ESSE. NI IVDICASSIT[128]), A(*ssium*) V. MVLTA ESTO. I(*n*) D(*iebus*) (24.) . *iurato. ni iurassit, uti s(upra) s(criptum) e(st), multa* ESTO A(*ssium*) V. (*quinum.*)

Die Jurisdiction über die Wasserleitungen stand dem Peregrinenprätor zu. Dem Q. Marcius Rex, der im Jahr 608 die Jurisdiction zwischen Bürgern und Peregrinen verwaltete, hatte der Senat zunächst nur den Auftrag gegeben, die alten Wasserleitungen der Aqua Appia und des Anio Vetus gegen die Anmaßungen der Privaten zu schützen. Die Anlage einer dritten Leitung in die anwachsende Stadt war ein späteres Commissorium, zu dessen Vollendung das Imperium ihm bis ins folgende Jahr verlängert wurde[129]). Die Lex Quinctia (745), durch welche Augustus die Jurisdiction über die damaligen Wasserleitungen neu bestimmte, nennt zwar in erster Reihe den Curator Aquarum, fügt aber sogleich hinzu, daß in Ermangelung desselben dem Pere-

---

128) Es ist mir wahrscheinlich, daß der Schreiber iudicassit und iurassit verwechselt hat, wie Val. Max. 7, 2. §. 4.: iudex addictus de sponsione, quam is cum adversario ni uir bonus esset fecerat, nunquam id iudicium pronuntiatione sua finire uoluit: ne aut probatum uirum, si contra eum iudicasset, fama spoliaret, aut iuraret (lies iudicaret) virum bonum esse, cum ea res innumerabilibus laudibus contineretur. (Man darf also nicht mit Zimmern Geschichte 3, S. 35. Note 1. diese Stelle des Valerius Maximus für den Richtereid citiren.)

129) Frontin. c. 7.

grinenprätor die Beitreibung der gesetzlichen Buße von 100,000 Sesterzen und der sonstigen Leistungen im außerordentlichen Executionswege zustehen soll [130]). Nur der Senatsschluß gegen die Anpflanzungen spricht bloß von der Judicatio und Cognitio des Curator Aquarum, der überhaupt die regelmäßige Aufsichtsbehörde der Kaiserzeit bildete (Note 38.). Das Beispiel Roms wurde natürlich in seinen Colonien nachgeahmt, so daß es nicht auffallen kann, wenn wir die Colonie Venafrum über ihre Wasserleitungen ebenfalls demjenigen Duumvir oder Präfecten, welcher die Rechtspflege zwischen ihren Bürgern und den Fremden verwaltet, die Jurisdiction und Recuperatorum Datio in Beziehung auf ihre Wasserleitungen übertragen sehen [131]). Der Grund dieser Juris-

130) Lex Quinctia a. 745 bei Frontin. c. 729. is populo Romano C millia dare damnas esto, et qui clam — fecerit, id — sarcire — damnas esto. — Quicunque curator aquarum est erit, aut, si curator aquarum nemo erit, tum is praetor, qui inter cives et peregrinos ius dicit, multa, pignoribus cogito coerceto eique curatori, aut, si curator non erit, tum ei praetori eo nomine cogendi, coercendi, multae dicendae sive pignoris capiendi ius potestasque esto. Wegen der 100,000 Sesterzen vgl. Gai. 4, 183. Paul. 5, 9. 1. Zeitschrift 14, S. 361. Note 92. Böckh, metrol. Unters. S. 430.

131) Decretum Decurionum Venafranorum lin. 62, 66. Die Stelle ist vollständiger, als Zeitschrift 14, 373. Note 106. versucht wurde, so herzustellen: *Si qui eo nomine* agent, tum qui inter cives et peregrinos ius dicet *iu* d *i* ciu*m dare eumque quocum* | *agitur eo no* mine inque eas res HS. X̄ reddere testibusque dum taxat X denu*n tiandi po*|*testatem esse* placet, dum reciperatorum reiectio inter eum qui agit et | eum quocum agitur, ita fiat, *uti e lege colo* niae de publicis privatis *iu* di*cibus fieri* | licebit oportebit. Ueber die Judices in den Landstädten vgl. die Inschrift von Narbonne vom Jahr 764

diction des Peregrinenprätors lag in den Verhältnissen zu den italischen Bundsgenossen, aus deren Gebiet das Wasser nach Rom geleitet wurde und deren Beschwerden nur der Peregrinenprätor entscheiden konnte. So war der Anio, den der Peregrinenprätor Marcius herstellen sollte, aus den tiburtinischen Bergen hergeleitet und mit der Stadt Tibur getheilt (Frontin. c. 6. 66.), das jeder Stadt zukommende Maaß war am Caput angegeben, wenn darüber Klagen erhoben wurden, so entschied der Peregrinenprätor. Erst wenn *das* Wasser *in* den Springbrunnen Gegenstand einer Controverse *unter* den Bürgercollegien der Montani und Pagani wurde, wird dem städtischen Prätor die Cognition zugestanden sein (Note 3.). Noch unter Tiberius (768, n. Chr. 15.) beschwerten sich die Socii über die beabsichtigte Ableitung ihrer Flüsse und Seen: optume rebus mortalium consuluisse naturam, quae sua ora fluminibus, suos cursus, utque originem, ita fines dederit, spectandas etiam religiones sociorum, qui sacra et lucos et aras patriis amnibus dicaverint. Die Bitten der Socii, die Schwierigkeit der Ausführung oder religiöse Bedenken bestimmten den Senat, dem Antrage des Piso gemäß über die römischen Baupläne zur Tagesordnung überzugehen [132]).

Die Beitreibung der Strafen aus unserm Gesetz ist

(11 n. Chr.) Orelli 2489, wonach Augustus in eben diesem Jahr daselbst die „iudicia plebis decurionibus coniunxit", wozu Suet. Aug. 32. zu vergleichen ist.

132) Tacit. ann. 1, 79.

eine reine Corporationsangelegenheit, in der daher nur die erkornen Brunnenrichter [133]), nicht der Prätor Urbanus competent sein können, wenn auch alle Betheiligte Bürger sind.

Das Gesetz hat aber die Multen in Strafen verwandelt, ohne zugleich den Contravenienten als Damnatus zu behandeln. Von Executionsmaßregeln kann also nicht die Rede sein, weder die Kapitalstrafe des ordentlichen Gerichtsverfahrens (bonorum uenditio) [134]) wie in der Lex Mamilia [135]), noch die außerordentlichen Zwangsmittel, welche nach der Lex Quinctia (Note 130.) gegen den Damnatus gestattet sind, können hier eintreten. Es bleibt nur übrig, den Straffälligen durch eine actio (petitio, condictio) ex lege vorerst im ordentlichen Rechtswege auszuklagen [136]).

Die Jury kann aus einem doppelten Grunde nur eine recuperatorische sein. Einmal hat der Magister kein album iudicum privatorum und publicorum. Er kann also die Richter nicht aus Senatoren und Rittern, sondern nur, wie in der Lex Thoria (c. 17.), aus unbescholtenen Bürgern seines Collegiums bestellen. Zweitens

133) Die Magistri üben dieses Recht entweder einzeln oder collegialisch, vorausgesetzt, daß der Anordner des Judiciums das Gesetz beschworen hat — qui iniuraverit, in welchem Wort das in nicht, wie in iniuria oder iniuratus privativ ist.

134) Vgl. darüber Zeitschr. 14, S. 301—311.

135) Zeitschrift 9, 12. 14. S. 370. 371.

136) Cic. pro Cluent. 33. multam petivit. Qua lege? quod in legem non iurasset. 37 uno iudicio multa est ab ea petita. Brut. c. 34. cum multam lege Aquilia damni iniuria petisset. Gai. 4, 109. Haubold monum. XIII. lin. 5. 6.

handelt es sich weder um eine Entscheidung über das Recht oder die Billigkeit, wie im Judicium, noch um eine Geldschätzung, wie im arbitrium liti aestimandae, sondern einfach um die factische Frage: ob gegen das Gesetz gefehlt ist. Die rechtliche Folge ist in diesem bestimmt. Ueber diese Thatfrage (veritas) aber erkennen Recuperatoren [137]).

Dieser Stellung der Recuperatoren gemäß lautet auch ihr Eid auf die Wahrheit und das Gesetz: omnimodo sese cum veritate et legum observatione iudicium esse dispositurum [138]). Die Strafe der Eidesweigerung und der Eidesverletzung ist daher die höchste Buße von 500 Assen, wie sie den eidweigernden Magister trifft [139]). Die Eidesleistung geschieht bei einem der Recuperatoren, bei welchem die übrigen zusammenkommen. Von dem einzeln stehenden Recuperator, den man in unserm Gesetz hat finden wollen, ist in ihm so wenig, wie in der Lex Thoria eine Spur anzutreffen.

Nach sämmtlichen Recuperatoren schwört der Kläger den üblichen Eid gegen Gefährde [140]).

---

137) L. Thoria c. 17. sententia sua id proferto (maior pars recuperatorum) quod rei iudicandae maxime uerum esse compererit. Gai. 4, 46. 141.

138) L. 14. pr. C. de iud. 3, 1. (Justinian.) Cic. de fin. 2, 17. se in legem Voconiam iuratum contra eum facere non audere 2, 45. ex lege in qua iuratus es, iudica. Cluent. 43. de off. 3, 10.

139) L. 15. §. 1. de iud. (5, 1.) (Ulp.) iudex tunc litem suam fecisse intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. L. 6. de extraord. (50, 13) L. 1. C. de cond. furt. (4, 8.) Seneca controv. IX. 2.

140) L. Seruil. c. 19. sei deiuraverit, calumniae causa

Die Zahl der Zeugen pflegte in Recuperatorengerichten auf zehn beschränkt zu sein [141]). Um sie zu sammeln und vorzuladen, wird dem Kläger Frist gegeben. Wenn er sie zusammen hat und zur Vorführung sich bereit erklärt (si testium causa ibi — esse [142]) dicat), so soll der Oberrichter eiligst (quam primum) d. h. ohne die übliche Condiction auf den Dreißigsten das Gericht zusammentreten lassen, wie es bei den Bundes- und Gastgerichten der Römer von jeher Rechtens war [143]).

Die Verhandlung pflegte bei den Recuperatorengerichten nicht über zehn Tage zu währen (Dionys. 6, 415.). Nach unserer Lex sollen die Sessionstage sogar perpetui sein. Es findet also weder eine Diffission wegen Krankheit des Richters [144]), noch eine Aussetzung der weitern Verhandlung auf einen zweiten Termin mit

---

non postulare. Cic. ad fam. 8, 8. de diuinatione Appius, cum calumniam iurasset, contendere ausus non est. Liv. 33, 47. nisi uelut accusatoris calumniam in eum iurarent. Gai. 4, 176.

141) Cic. Caecin. 9. 10. Decret. Venaf. lin. 64. Lex Mamil. c. 5. Val. Probus p. 1477. Gothofr. (vgl. Zeitschr. 14. S. 372. Note 105.) L. Servil. c. 12—15. (Klenze p. 51—55.)

142) Terent. Heaut. 5, 2. 29. ibi nunc sum et usque id egi 3, 1. 63. subsensi illos ibi esse et id agere.

143) Cic. pro Tull. c. 10. recuperatores dare, ut quam primum de re iudicetur. de div. 17. iudicium dat statim, iudicant recuperatores. Plin. 3, 29. — in recuperatoriis iudiciis — repente apprehensi. Gai. 4, 185. (48.) protinus a recuperatoribus — condemnetur.

144) L. 2. §. 3. si quis caut. (2, 11.) Lex XII tabularum: si iudex uel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impediatur, iubet diem iudicii esse diffisum. Fest. v. Reus. iudici arbitrove reove.

dem Zwischenraum eines Tages (comperendinatio) statt[145]). Denn wenn auch noch die Lex Julia judiciaria in Privatgerichten Beides gestattete[146]), so kam doch hier in Betracht, daß der Judex ein Einzelrichter war, dessen Verhinderung das ganze Judicium unmöglich machte, während zugleich die anderthalbjährige Dauer des Judiciums der Verhandlung hinlänglichen Raum gab, um es mit der Continuität nicht allzu genau zu nehmen.

Bloß eine körperliche Unvollkommenheit soll nach unserm Statut den Richter entschuldigen, nämlich Blindheit. Sie gilt jedoch nur dann als eine causa sontica, wenn sie eine angeborne ist[147]). Dieß muß also der Richter und zwar in kürzester Frist beschwören. Versäumt er es, so trifft ihn eine kleine Geldbuße.

Die vorstehenden Bestimmungen unsers Statuts haben in vielen Punkten Aehnlichkeit mit dem summarischen Strafverfahren, welches die von Klenze so genannte Lex Acilia, wegen der Vergehen der Richter und Senatoren gegen dieses Gesetz aufstellt. Die Stelle ist, zum Theil

---

145) Gai. 4, 15. Puchta, Cursus der Inst. (1840) II. S. 32. Note a.

146) Gell. 14, 2. in rerum quidem diffisionibus comperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia — commoniti — sumus.

147) L. 1. §. 5. de postul. (3, 1.) Daraus: L. 6. de iud. (5, 1.) (Ulp.) caecus — iudicandi officio fungetur. Verlust der Sprache oder des Gehörs (morbus postea superveniens) wurde von dem angeborenen Mangel dieser Fähigkeiten im alten Recht nicht unterschieden. L. 12. §. 5. de iud. (5, 1.) L. 10. C. qui test. (6, 22.)

mit Hülfe der neu entdeckten Avellino'schen Bruchstücke der Tafel (Zeitschr. 13, S. 363.), in mehreren wichtigen Punkten anders als Klenze sie restituirt hat und zwar, wie ich glaube, so zu lesen:

Lex Acilia (?) lin. 5—11. *Sei ioudex*, quei ex hace lege plebeivescito factus erit, senatorve fecerit gesseritve, quo ex hace *lege minus fiant, quae fierioportet, quaeve eum ex* h. l. facere oportuerit oportebitue non fecerit sciens d(olo) m(alo), seive aduorsus hance legem fecerit *gesseritue sciens d(olo) m(alo), is populo HS. d(are) d(amnas) esto.*

Eam pequniam quei uolet magistratus exsigito.

Sei postulabit quei petet, Pr(aetor) recuperatores „*ni fecerit, quae eum ex hace lege facere oporteat*" dato, iubetoque eum SEI ITA PAREAT condumnari popul(o), facitoque ioudicetur.

Sei condemnatus *fuerit, ut de pequnia soluenda satis* (oder praedes) ad Q(uaestorem) urb(anum) det, aut bona eius poplice possideantur, facito [148]).

Sei quis mag(istratus) multam inrogare [149]) uolet *quanti videbitur dum minoris* partus familias

---

148) L. Seruilia c. 23. (Klenze: 17.) de praedibus dandis p. 68. Gai. 4, 102. Puchta, Cursus der Inst. II. (1846) S. 239. Note 66.

149) Das Gesetz scheint die Irrogatio von der Dictio zu unterscheiden, die damals noch in Vieh (Varro de re rust. 2, 1.), nicht, wie nach Z. 13. unseres Gesetzes, in Gelde geschah.

taxsat liceto eiq(ue) omnium rerum siremps lexs esto quasei sei is haace lege *condemnatus fuisset.*

Die Vergleichung beider Gesetze drängt die Frage auf, ob und welche Executionsmaaßregeln den nach unserm Statut von den Recuperatoren verurtheilten Contravenienten trafen? Darüber wird unsere Lex noch weitere uns verlorene Bestimmungen enthalten haben. Nach Analogie der Municipalmagistrate, welchen die Recuperatorum Datio, aber nicht mehr das Recht der Missio in das Vermögen als Ganzes und der Abduction — abgesehen von einer Delegation, wie sie die Lex Rubria darstellt — in der Kaiserzeit zugestanden wurde, wird anzunehmen sein, daß die Execution beim Prätor urbanus gesucht werden mußte, dessen Edict in diesem Stücke weit genug gefaßt war, um auch die Urtheile von Gildemeistern unter sich zu begreifen, wenn es auch in anderer Rücksicht eine noch weitere Ausdehnung wünschen ließ [150]).

---

150) L. 5. pr. de re iud. (42, 1.) Ait Praetor: cuius de ea re iurisdictio est. melius scripsisset: cuius de ea re notio est. etenim notionis nomen etiam ad eos pertinet, qui iurisdictionem non habent, sed habent de quavis alia causa notionem. Ueber den Zusammenhang der Edictsstelle vgl. Zeitschr. 14, S. 303. Note 18.

Cui j
crea
cepi 5.
male egi SE
dicetur i
Qui ita uti s. VLTA
esto ita uti s.
comitiis ade 10.
Si j
Qui scie
Eius rei
Magistro ex
Ni qui EMET 15.
nive full NVNTIABit
quotiens
Si quis f ERIT
ita u O
sese uere 20.
Si scien VE
in iusiur AM
primum facita PERator
qui lumi
.iurato. ni 25.

VS] PEREGRE. LONGIVS Mar.
SIT] IVRASSIT Mar. 20. SI
CXX.] C. SE] TO. ESSE Mar. NIIVD...]
TITA. VTI
NI. IVD...

Vorsatz, das Natur- und Völkerrecht von der Reformation an und die Rechts- und Staatsphilosophie in der Neuzeit wissenschaftlich zu bearbeiten. Ich wurde in meinem Vorsatz noch mehr bestärkt, als ich sah, auf welche unverzeihliche Weise das Reformationszeitalter in Betreff des in ihm hervorgetretenen Princips des Natur- und Völkerrechtes von den Geschichtschreibern bisher vernachlässigt, und wie dasselbe von den späteren Naturrechtslehrern ganz und gar verkannt worden war. Wie sehr die Geschichte des Naturrechts im Argen liegt, kann man schon daraus entnehmen, daß dasselbe bisher aus dem Verbande mit den übrigen staats- und kirchenrechtlichen Erörterungen der Naturrechtslehrer in den Geschichtsbüchern herausgerissen und auf die abstracteste Weise behandelt worden ist. Die bisherige fehlerhafte Behandlungsweise der Geschichte des Natur- und Völkerrechts erhellt vor Allem daraus, daß in den dahin einschlagenden Werken der Entwickelungsgang, welchen der denkende Geist in der Rechts- und Staatserkenntniß genommen hat, (also die Hauptsache) entweder gar nicht geahnt und berührt, oder auf eine abschreckende Weise construirt wurde. Gerade auf diesen Entwickelungsgang kommt es an. Die Natur des Geistes selbst ist die Seele dieser Entwickelung, diese muß den Stoff in der geschichtlichen Darstellung durchdringen, soll sie anders eine wissenschaftliche sein. Selbst Hegel, der vorzugsweise den Geist als das ideelle Princip der Erkenntniß gefaßt und nachgewiesen hat, erblickte in der Geschichte des Naturrechts wohl „die Aufstellung allgemeiner Grundsätze, Gesetze, Principien", erörterte jedoch nicht die Principien im Zeugniß des Geistes selbst, was aber eine wissenschaftliche Forderung ist, da jene Principien im Geiste gegründet und bewährt sein sollen. Auch hat der Geist den Trieb, in dem Stoffe seiner geschichtlichen Bildung sich selbst zu erkennen, welcher Trieb besonders in Zeiten des Ueberganges rege wird, wenn derselbe Gestalten seines bisherigen Lebens auflockert und zerbricht. Er geht dann nicht blos aus seiner Vergangenheit in sich, sondern hat zugleich das Bedürfniß, sich in den vollen Besitz derselben dadurch zu setzen, daß er sie wirklich zum Bewußtsein zu bringen sucht. Er erhebt sich dann wissend darüber hinaus und ist nur so wirklicher Geist, welcher aus seinem vorgefundenen Stoff neue Gestalten des Lebens und Wissens erzeugt.

Der Standpunkt der Rechtsphilosophie in unserer Zeit, die

Rechts- und Staatserkenntniß in derselben ist allein aus der geschichtlichen Entwickelung des früheren Naturrechts begreiflich, weil die gegenwärtige Rechts- und Staats-Erkenntniß ein Produkt jener Entwickelung ist. Die Geschichte des Naturrechts ist also in ihren Stufenbildungen die Voraussetzung und Bedingung des Standpunktes der Wissenschaft der Rechts- und Staatserkenntniß in der Gegenwart, diese letztere ist das Resultat der ganzen Entwickelung und ist deshalb als solches aufzufassen und nachzuweisen. Es kann dies nur durch jene Entwickelung selbst geschehen, wenn in historisch-philosophischer Darstellung gezeigt wird, wie der Geist in seiner geschichtlichen Erkenntniß nicht dem Zufall preisgegeben allerlei Ansichten und Meinungen über Recht, Staat, Kirche gehabt hat, sondern wie die Geschichte der Rechtserkenntniß mit der Natur des Geistes und dem philosophischen Erfassen desselben zusammenhängt. In diesem Sinne habe ich es unternommen, die Geschichte des älteren Naturrechts und der neueren Rechtsphilosophie im Zeugniß der Erkenntniß des Geistes an und für sich selbst von der Reformation an bis auf unsere Tage zu entwickeln, und hoffe das Ganze in drei Bänden mäßigen Umfangs ausführen und vollenden zu können.

Der erste Band wird die geschichtliche Entwickelung und allmälige Loslösung des modernen Naturrechts im Reformationszeitalter von der mittelalterlichen Moralphilosophie, und die Aufstellung des dadurch herbeigeführten neuen Princips der Socialität als des Princips der Natürlichkeit des Geistes durch H. Grotius im Unterschiede von dem alten Princip der essentiellen Gerechtigkeit Gottes, dann die Ausbildung jenes Princips bei Hobbes, Spinoza, Locke, und die wissenschaftliche Rechtfertigung desselben durch Cumberland enthalten:

der zweite Band wird den Gegensatz beider Principien und den daraus hervorgehenden Kampf des alten Princips, als nunmehr des Princips der Integrität und des weiter entwickelten neuen Princips der Socialität oder des sogenannten orthodoxen und heterodoxen Natur- und Staatsrechts zwischen Alberti, von Seckendorf nebst Anderen, und deren Gegner Samuel Pufendorf schildern und die aus jenem Kampfe hervorgegangenen Ansichten des Thomasius, Leibnitzens, Wolffs und beider Cocceji's entwickeln;

der dritte Band wird das Princip der Socialität bei den

Franzosen, Montesquieu, Rousseau, und das mit demselben zusammenhängende Princip der subjectiven, abstracten Freiheit des Geistes erörtern, wird dasselbe weiter verfolgen, wie sie in den Systemen deutscher Philosophen, namentlich Kant's, Fichte's, Schelling's, Hegel's und Anderer, sich allmälig zur objectiven, wirklichen Freiheit des Geistes, zur Sittlichkeit erhebt, wird ferner den Ansichten anderer damit verwandter Naturrechtslehrer und Politiker, z. B. Dahlmann's, nachgehen, und zuletzt die sogenannte historische Schule in ihren Hauptvertretern, und zugleich in denen mit hervorragender religiöser Färbung, von Haller, Göschel, Leo, v. Savigny, Stahl und Andern philosophisch zu würdigen suchen."

Halle den 15. October 1848.

H. F. W. Hinrichs.

Zeitschrift

für

geschichtliche

Rechtswissenschaft,

herausgegeben

von

F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn

und

A. A. F. Rudorff.

Band XV. Heft 3.

Berlin,
Verlag der Nicolaischen Buchhandlung
1850.

IX.

Ueber die neulich entdeckten Bruchstücke angeblich aus Livius 98stem Buche.

Von

Herrn Geh. Justizrath D. Huschke

in Breslau.

Die akademische Abhandlung von Pertz „über ein Bruchstück des 98sten Buchs des Livius". Berl. 1848. 4. wird längst in den Händen der Leser dieser Zeitschrift seyn. Es darf daher als bekannt vorausgesetzt werden, daß dieses Bruchstück auf einem von Dr. Heine aus Toledo mitgebrachten palimpsesten Pergamentblatt, welches später für einen Commentar des h. Hieronymus zum Jesaias benutzt war, als untere Schrift steht, daß die ursprüngliche Handschrift in drei Columnen auf jeder Seite mit schöner der Capitalschrift sich sehr nähernden Uncialschrift, die Herr Pertz in das erste Jahrhundert n. Chr. G. setzt, geschrieben war, und daß auf dem entdeckten Blatte zehn Zeilen Einer Columne auf der Vorder- und eben so viele auf der Rückseite und eine elfte halb (d. h. alle Buchstaben durchschnitten) sich erhalten haben, dergestalt jedoch, daß auf der Vorderseite die letzten Buch-

staben — etwa 2 bis 4 — auf der Rückseite die ersten — ungefähr eben so viel — durch das Abschneiden des Pergaments verloren gegangen sind: abgesehen von einer andern Columne, wovon auf der Rück= wie auf der Vorderseite nur Viertelzeilen, dort die Anfänge, hier die Enden, übrig geblieben sind.

Aus den letzteren läßt sich wenigstens selbstständig und für den Sinn der Schrift nichts machen. Was die ersteren betrifft, so hat sie Pertz, von der wohlbegründeten Voraussetzung ausgehend, daß in der ursprünglichen Handschrift die jetzige Vorderseite Kehrseite gewesen sey, die danach als erstes Bruchstück sich ergebenden Zeilen so wiederhergestellt:

intolera-
*bil*is saevitia. Qua re fati-
*ga*ta plebes, forte consu-
les ambo, Q. Metellum, cui
*pos*tea Cretico cognomen
*fu*it vel candidatum.
*pr*aetorium Sacra Via de
*te*ctis cum magno tu-
*mu*ltum invadit, fugien-
*tem*que secuta, ad Octavi do-
mum, qui pro Praetore erat, in
*pro*pugnaculum perve-
nit (unrichtig von Pertz noch in die vorhergehende Zeile gesetzt).

Das zweite eben so:

Q. Lentulus Marcelli *F.*
eodem actore quaes*tor*
in novam provinci*am*
Curenas missus est, q*uod*
ea mortui regis Api*onis*
testamento nobis d*ata*
prudentiore quam *inde*
pergentis et minus *glo-*
riae avidi imperio *compo-*
nenda fuit. Praetor e*a di-*
versorum ordinum . . .

Aus der dritten und den folgenden Zeilen des ersten Fragments schließt Pertz, daß die hier erzählte Geschichte in das Consulat des Q. Metellus, welcher später der Creter genannt wurde, und des Q. Hortensius, also in das Jahr 685 (69 v. Chr.) falle. Unsere Bruchstücke gehören also entweder dem 5. Buche der Historien des Sallust oder dem 98. Buche des Livius an, in welchem er die Begebenheiten der Jahre 70 bis 68 beschrieben habe. Für den letzteren entscheide unbedenklich der Styl.

Die erzählten Begebenheiten — der Aufstand der Plebs gegen ihre Consuln und die Sendung eines auch bis dahin unbekannten Q. Lentulus, Sohn des Marcellus, als Quästor in die neue Provinz Cyrenä — werden als neu bezeichnet, und aus der letzten Nachricht geschlossen, daß Cyrenä im Jahre 70 oder kurz vorher zur Provinz gemacht worden sey.

Dieß die Resultate, welche Pertz aus dieser neuen

Entdeckung gezogen hat. Es fragt sich aber, ob sie haltbar seyen, und damit sollen sich die folgenden Zeilen beschäftigen.

Es hängt hier offenbar zunächst Alles von der Ergänzung der fehlenden Buchstaben ab. Wir beginnen mit dem ersten Fragment. Daß dieses nach der jetzigen Restitution fast sinnlos ist, kann bei näherer Betrachtung Niemandem entgehen. Die Plebs soll beide Consuln angegriffen haben, die darauf genannt werden. Aber sonderbar; es geschieht dieses namentlich nur mit dem einen, Q. Metellus, mit dem andern nur *mittelst* der mysteriösen Bezeichnung candidatus praetorius, und beide werden nicht durch et, sondern im Widerspruch mit dem ambo durch vel mit einander verbunden, was denn auch nöthigte, nachher fugientem, nicht fugientes zu ergänzen. Wie kann ferner der Schriftsteller von dem Consul Metellus, den er doch jedenfalls schon zu Anfang des Jahres genannt haben muß, erst hier ganz gelegentlich bemerken, er sey später der Cretiker zugenannt worden? Noch schlimmer ist, daß wir unter dem candidatus praetorius, was in der Latinität nie etwas Anderes als einen Bewerber um die Prätur bezeichnet, den andern Consul Hortensius als Bewerber — um eine consularische Provinz verstehen sollen! Man sieht, daß wir alle diese Unbegreiflichkeiten der Ergänzung consu*les* verdanken. Bevor wir darauf zurückkommen, bemerken wir nur, daß wir gegen die übrigen Ergänzungen der ersten zehn Zeilen nichts einzuwenden haben, außer etwa, daß die Handschrift das Schluß-n von cognomen

wahrscheinlich als ersten Buchstaben der folgenden Zeile vor *fu*it enthielt, und daß Zeile 10. die Handschrift nach dem Facsimile deutlich propriore hat, gewiß aber verschrieben statt propr.tore, eine Abkürzung, die aus den im Veronesischen MS. des Gaius vorkommenden prris und ptoris = praetoris gleichsam gemischt ist. In der elften Zeile aber widerspricht *pro*pugnaculum perve-*nit* auch den auf dem Facsimile erhaltenen Zügen eben so sehr, wie sich nicht absehen läßt, was hier propugnaculum soll. Nach jenen Zügen ist ugnac und am Schluß mperve sicher, zwischen beidem aber ein senkrechter Strich mehr, als ulu ergiebt. Wir lesen dem Raume, den Zügen und dem Sinne entsprechend in-*genti* *p*ugna civium perve-*nit*. Des Verfolgten nahmen sich natürlich dessen Parteigänger auch an und so entstand ein Kampf unter den Bürgern.

Wie ist nun aber an der Hauptstelle in Z. 3. zu helfen? Wir meinen einfach durch die Ergänzung con-su-*lto*. Die Worte forte, consulto, ambo sind ein wahrscheinlich sprichwörtliches Asyndeton, wie ope consilio, dare facere oportere, velis nolis, plus minus, und so aufzulösen sive forte sive consulto, sive ambo in causa fuerint: „sey es zufällig oder absichtlich oder beides". Daher ich auch nicht annehmen möchte, daß AMBO Q. METELLUM verschrieben sey statt AMBOB. METELLUM d. h. ambobus, obgleich ich kein ähnliches Beispiel von abgekürzter Redeweise in der Latinität nachzuweisen im Stande bin. Die Gegensätze von zufällig und absichtlich selbst sind den Alten sehr geläufig, z. B. Cic.

de leg. 1, 8. ut ea, quae gignuntur, donata consulto nobis, non fortuito nata videantur. Caes. B. G. 7, 20. nec haec omnia fortuito aut sine consilio accidere potuisse. Liv. 9, 31. captivi quidam pars forte, pars consilio oblati.

Wir gewinnen nun aber einen ganz andern sehr guten Sinn. Durch irgend welche Härte wahrscheinlich von Vornehmen gereizt, greift die Plebs, sey es zufällig oder absichtlich oder beides (so daß nehmlich ein Theil glaubte, Metellus sey Schuld, ein anderer nur blind mitlief), den Q. Metellus, obgleich dieser sogar Candidat der Prätur war, auf der Sacra Via von den Dächern, d. h. von den Häusern herab (Liv. 1, 15. de tectis moenibusque dimicarent) [1]) unter großem Tumult an und kommt, indem sie dem Fliehenden folgte, unter heftigem Kampf der Bürger mit einander, zum Hause des Octavius, der Proprätor war. Hiernach fällt diese Begebenheit nicht in das Jahr 685, sondern vier Jahre früher; denn zwischen Prätur und Consulat lagen nach damaligem Recht mindestens drei Jahre, für einen Meteller (Fato Romae Metelli fiunt consules), gewiß aber auch nicht mehr, und jetzt war er erst Can-

1) In dieser Stelle heißt nehmlich de tectis dimicare auch nur von den Häusern herab, nicht, wie Pertz meint, wegen der Häuser streiten. Das Occupiren der Dächer und oberen Etagen war übrigens das gewöhnliche Manoeuvre beim Aufruhr und wurde in den Anklagen nach der Lex Plautia de vi mit dem Ausdruck loca superiora occupare bezeichnet oder doch mit begriffen. Pigh. Ann. T. III. p. 228., vgl. Ascon. in Milon. p. 55. Or. — Paul. S. R. 5, 26. §. 3.

didat der Prätur. Von seiner Prätur ist nichts bekannt. Daß er Volkstribun und im folgenden Jahre Legat gewesen, sagt Cic. pro l. Manil. 19. Pighius III. p. 300. setzt sein Volkstribunat in das Jahr 678, d. h. nach gewöhnlicher Rechnung 679, was zu seiner Bewerbung um die Prätur im Jahre 681 M. Terentio Varrone C. Cassio Varo Coss. gut paßt.

Für dieses Jahr haben wir nun aber auch eine historische Nachricht, an welche sich unser Fragment anknüpft. Die Seeräuber hatten damals allen Verkehr unterbrochen, in Rom war Hungersnoth und diese machte das ärmere Volk aufständig; sein Unwille wandte sich gegen die Reichen, deren Bedrückungen ihm nun mit Erfolg von den Volkstribunen vorgehalten wurden (vgl. Freinshem. Supplem. Liv. 94, 25. mit den dort citirten Quellen). Doch könnte dieser Aufruhr auch erst gegen Ende des Jahres gefallen seyn, nachdem durch die Lex Terentia Cassia frumentaria für die dringendste Noth gesorgt war. Man lese die höchst aufrührerische Rede des Volkstribunen Licinius Macer bei Sallust. Hist. lib. III. p. 974. Cort., worin er über die Gleichgültigkeit der Plebs klagt, die sich durch das Getreidegesetz so wohlfeil hätte beschwichtigen lassen. Ohne den Zweck, eine durch diese Rede bewirkte Thatsache einzuleiten, würde der Geschichtschreiber sie schwerlich eingeflochten haben.

Hierzu kommt ein zweiter Anknüpfungspunkt. Die domus Octavii, bis zu welcher der Aufstand sich hinwälzte, muß sehr bekannt gewesen seyn, weil sie einem

Historiker zur Bezeichnung einer Localität dient. Sie war also wohl ohne Zweifel das berühmte Haus des Octavius, von welchem Cic. de offic. 1, 39. spricht: Cn. Octavius, qui primus ex illa familia consul factus est (a. u. 589), honori fuisse accepimus, quod praeclaram aedificasset in Palatio et plenam dignitatis domum. Quae cum volgo viseretur, suffragata domino, novo homini, ad consulatum putabatur. Hanc Scaurus demolitus accessionem adiunxit aedibus. Auch entspricht seine Lage ganz der Erzählung unseres Fragments. Ascon. in Scaur. p. 27. *Demonstrasse* vobis memini me, hanc domum in ea parte Palatii esse, quae cum ab sacra via descenderis et per proximum vicum, qui est a sinistra parte, prodieris, posita est. Possidet eam nunc Largus Caecina, qui consul fuit cum Claudio. Der Proceß, in welchem Cicero diesen Scaurus vertheidigte, und auch wegen seines prächtigen Hauses zu rechtfertigen hatte, fällt ins Jahr 700. Dazu paßt es denn wiederum sehr gut, daß im Jahr 681 noch eine domus Octavii erwähnt wird; erst später hatte Scaurus sie angekauft und zu einem Flügel seines Pallastes gemacht. Sowohl wegen seiner Pracht als wegen seiner Lage war dieses Haus eine natürliche Zufluchtstätte der Vornehmen, eben deßhalb aber auch der spätern Plebs ein Dorn im Auge und ein Gegenstand ihrer aufrührerischen Angriffe. Von einem solchen wird unser Historiker im Folgenden gesprochen haben. Ueber einen spätern ähnlichen gegen das Haus des M. Lepidus vgl. Schol. Bob.

pro Mil. p. 281. Die Lex Plautia de vi, welche selbst erst dieser Zeit ihren Ursprung verdanken mag, da die ältesten erwähnten Processe nach ihr erst 690 fallen, verpönte daher nicht bloß das pugnae causa loca superiora occupare, sondern auch das alienis aedibus cladem saxis, igne, ferro inferre (Pigh. Ann. III, p. 228. Cic. de harusp. resp. 8.)

Daß der Octavius, welcher damals dieses Haus besaß, im Jahre 681 Proprätor, also im Jahre vorher Prätor war, ist nun auch für die Rechtsgeschichte nicht uninteressant. Aus dieser Zeit stammt die formula Octaviana de his quae vi metusve causa gesta sunt. Gewöhnlich schrieb man sie bisher dem L. Octavius cos. a. u. 679 zu und setzte sie daher ins Jahr 676, oder doch nicht vor 675 (Rudorff die Octavianische Formel, Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft Bd. 12. S. 150.). Jetzt werden wir sie vielmehr diesem Octavius und dem Jahre 680 beilegen; denn im Jahre 684 stand sie als formula Octaviana noch in ganz frischem Andenken und gehörte noch nicht zum edictum tralatitium, weil sonst Cic. Verr. II, 3. 65. nicht bemerkt haben würde, daß L. Cäcilius Metellus sie sowohl als Prätor in Rom 683 als auch im folgenden Jahr in Sicilien in seinem Edict gehabt habe. Daß dieser Octavius zu der älteren Familie der Octavier mit dem Vornamen Gneius gehört habe, welche stets in hohen Aemtern glänzte (Suet. Aug. 1.), hat Pertz aus dem Umstande vermuthet, daß die jüngere Linie der Gaii nach Sueton (l. c.) bis auf den Vater des Augu-

stus, der später fällt als unser Octavius, noch keine höhern Ehrenstellen bekleidete. Wir dürfen dieses nach dem, was über die domus Octavii bemerkt ist, als gewiß ansehen. Ohne Zweifel war dieses Haus auf unseren Cn. Octavius von dem Erbauer in gerader Linie vererbt worden, und so wird dieser Prätor Cn. Octavius ein Sohn des Cn. Octavius Consul a. u. 667, den Cinna hinrichten ließ, eines Enkels jenes ersten Besitzers, gewesen seyn.

Wir gehen zu dem zweiten Bruchstück über. Die aus diesem von Pertz erschlossene Zeit, wann Cyrene Römische Provinz geworden sey, berichtigt sich nun auch und auf solche Weise, daß wir auch dadurch eine Bestätigung der Richtigkeit unserer Behandlung des ersten Fragments erhalten. Daß Cyrene im Jahre 70, d. h. a. u. 684 Römische Provinz geworden sey, sagt kein alter Schriftsteller. Nach unserer Zeitbestimmung für das erste Fragment kommen wir auf das Jahr 680; denn wenn es 681 eine neue Provinz war und doch schon ein Quästor aus derselben abging, als Q. Lentulus dahin gesandt wurde, so wird am wahrscheinlichsten dieser abgehende Quästor der erste gewesen seyn, welcher überhaupt Cyrene als Provinz verwaltete. Von eben diesem Jahre 74 v. Chr. Ol. 176, $\frac{2}{3}$, nicht, wie Pertz angiebt, vom Jahre 75 (vgl. Fischer Röm. Zeittafeln S. 200.), sagt aber auch Appian. 1, 111., daß damals Bithynien nach dem Testament des Königs Nicomedes, und Cyrene nach dem des Ptolemäus Apion Römische Provinz geworden sey. Letzterer war nehmlich

zwar schon 658 gestorben, aber der Senat hatte damals die Städte des dem römischen Volke hinterlassenen Reichs für frei erklärt Liv. Epit. 70., Fischer a. a. O. und S. 168. Die Angabe des Eutrop. 6, 11. über Libyens Einverleibung, Hoc tempore, d. h. zur Zeit des Cretensischen Krieges, ist ungenau, aber nicht eigentlich unrichtig; der Krieg dauerte mit Unterbrechungen vom Jahre 680 bis 686. Vgl. Fischer S. 200. 208. Die Nachrichten der Spätern, Euseb. Chron. Ol. 178, 4. und Sex. Ruf. 13., welche Cyrene oder Pentapolis Libya und das eigentliche Libyen unterscheiden und jenes durch das Testament eines älteren, dieses durch das Testament eines späteren Ptolemäus Apion den Römern zufallen lassen, können freilich aus Mißverständniß hervorgegangen seyn; möglich aber auch, daß wirklich erst der in diesem Jahre erfolgte Tod des späteren Apion, etwa eines Sohnes des älteren, dem dieser einen Theil seines Reichs hinterlassen hätte, den Römern den Anlaß gab, nun die beiden Theile Libyens (vgl. Iustin. 33, 5. Ammian. 22, 16. §. 4.) unter dem Namen Cyrene zur Provinz zu machen.

Was die Person des neuen Quästor betrifft, so ist Marcelli *F.* jedenfalls irrig ergänzt. War Q. Lentulus Adoptivsohn eines Lentulus oder Marcellus, so mußte dieses auf die bekannte gewöhnliche Art ausgedrückt werden; auch ist F. nur hinter Vornamen eine gewöhnliche Abkürzung. Ohne Zweifel ist Marcelli*nus* zu ergänzen, womit wir einen bekannten Familiennamen erhalten, Drumann Gesch. Roms Bd. 2.

S. 405 flg. Ein Cornelius Lentulus Marcellinus mit dem Vornamen Quintus wird zwar nirgends erwähnt: die sonst bekannten heißen Publius oder Gneius. Aber sicher war dieser Quintus ein Bruder des Publius Cornelius Lentulus Marcellinus (Drumann a. a. O. Marcelli no. 29.) und mit ihm zusammen von seinem Vater M. Claudius Marcellus (Drumann no. 23.) einem Cornelius Lentulus in Adoption gegeben (Cic. Brut. 36.), so daß nur ein dritter Bruder M. Claudius Aeserninus, ohne Zweifel der älteste, in der Familie und Vaterstadt (Aesernia) seines Vaters zurückblieb. Daß sie sich Marcellini nannten, während ein anderer, wahrscheinlich patricischer Claudier dieser Zeit, der sich von einem Cornelius Lentulus adoptiren ließ, das Agnomen Clodianus annahm (Drumann a.a.O. Bd. 2. S. 546.), hängt ohne Zweifel mit dem Anspruch auf besondere gentilitische Rechte zusammen, den die Marceller der patricischen gens Claudia gegenüber machten (Cic. de orat. 1, 39.). Unser Quintus und nicht, wie man bisher annahm, sein Bruder Publius, ist nun gewiß identisch mit dem Lentulus Marcellinus, der später a. u. 687 als Legat des Pompeius im Seeräuberkriege erwähnt wird, von Appian Mithr. 95. für Afrika, von Florus 3, 6. §. 9. für das mare Libycum et Aegyptium; denn statt Lentulus Libycum, Marcellinus Aegyptium werden wir nun auch zuversichtlicher mit Anna Fabri Lentulus Marcellinus Libycum et Aegyptium lesen. Er war ein Mann von erprobter

Tüchtigkeit und von seiner Provinzialverwaltung her mit diesen Gegenden bekannt.

Auf wessen Betrieb (eodem actore vgl. Cic. pro Sext. 28. Dux, auctor, actor rerum illarum fuit. Nep. Att. 3. Hunc enim in omni procuratione reip. actorem auctoremque habebant) Marcellinus diese Verwaltung erhielt, läßt sich nicht mehr ermitteln. Merkwürdig aber ist, daß ihm als Quästor imperium und die compositio provinciae ohne Erwähnung eines Statthalters zugeschrieben wird. Es scheint sich hieraus zu ergeben, daß die Maßregel der Kaiserzeit, in kleinere Provinzen einen Procurator mit prätorischem Imperium abzuordnen, schon in der republikanischen Provinzialverwaltung ihr Vorbild gehabt hat. Vielleicht war auch Juventius Laterensis, der sich auf seine Cyrenäische Quästur etwas einbildete (Cic. Planc. 26.), noch ein solcher selbstständiger Quästor mit Imperium, und dann hatte Cicero mehr im Namen als in der Sache Recht, wenn er ihm seine eigene Sicilianische Quästur als etwas in den Augen des Römischen Volks Unbedeutendes entgegensetzte. Eine ähnliche Stellung müssen auch die älteren Quästoren in den Haupthäfen Italiens gehabt haben.

Wem schreiben wir nun diese Fragmente zu, denen wir nach Verhältniß ihres Umfanges doch so viele Belehrung verdanken? An andere Historiker als Livius oder Sallust wird allerdings nicht zu denken seyn, da man in der Zeit der Verbrauchung unserer Handschrift zu einem kirchlichen Buche deren schwerlich noch hatte.

Unter jenen beiden gestehe ich nun, daß mir nach der Ausdrucksweise und dem Style, und ein anderes Criterium ist nicht vorhanden, ein sicheres Urtheil unmöglich scheint. Plebes statt plebs, pro praetore statt propraetor finden wir bei Livius wie bei Sallust. Auch in dem Periodenbau dürften sich beide wiedererkennen. Am meisten möchte man aus dem merkwürdigen Asyndeton forte, consulto, ambo schließen zu können glauben. Aber wenn Sallust Asyndeta liebt, so Livius nicht weniger (Drakenborch zu 3, 68. §. 4.), und gerade diese Redensart finden wir bei keinem von beiden. So lassen wir also die Frage am sichersten unentschieden. Entscheidet man sich aber für Livius, so gehören diese Fragmente zum 94. Buche seiner Historien. Wäre Sallust der Verfasser, so müßten wir sie seinem dritten Buche zuweisen.

X.

Römische Urkunden.

Von

Herrn Professor Dr. Mommsen

in Leipzig.

I. Edict Augusts über die Wasserleitung von Venafro.

Die vorstehende Inschrift, wovon ich Z. 34—46. im Bullettino dell' Inst. 1846 p. 164. publicirt habe, befindet sich in Venafro in einer Masserie vor der Stadt. Den Stein, von dem ich später auch eine elende, gänzlich unbrauchbare Abschrift in der handschriftlich mir in Venafro mitgetheilten storia Venafrana des Doctors Cosimo de Utris († 1834, 84 Jahre alt) antraf, fand ich überquer vermauert an der Außenseite eines Bauerhauses, dessen Sitzschwelle den größten Theil der Schrift verdeckte. Da die Schwelle nicht wohl ganz beseitigt werden konnte, erlangte ich wenigstens, daß man sie längs der Mauer wegbrach und ich so den Stein zu säubern und einigermaßen zu lesen im Stande war. In einer Art Grube hatte ich bei der ungünstigsten Beleuch-

tung und ein- für allemal den mit kleinen, wenngleich guten Buchstaben geschriebenen und fast gar nicht (außer bei Abkürzungen) mit Interpunction versehenen, überdies im höchsten Grade verwitterten Stein zum ersten Mal zu copiren; was ich bemerke, theils damit man wisse, daß wiederholte Untersuchung dieser Inschrift sicher nicht ohne Resultat bleiben wird, theils damit die von mir begangenen Fehler billig beurtheilt werden mögen. Immer ist das, was ich zu lesen vermochte, nicht unbedeutend, und ich glaube versichern zu dürfen, daß ich, wenn auch nicht alles, was sich noch entziffern läßt, gelesen, doch das, was ich gelesen, im Ganzen richtig gelesen habe; wogegen die Bestimmung der Größe der Lücken an einigen Stellen mangelhaft ist. Die Tafel giebt genau den Text, wie ich ihn in Venafro abschrieb; meine Ergänzungen und Verbesserungen werde ich im Verlauf dieser Erörterung mittheilen.

Daß Venafrum, an der Grenze von Campanien und Samnium belegen, und nach Ausweis der Inschriften in der späteren Provinzialverfassung nicht dem *Consular* von Campanien, sondern dem Rector von Samnium untergeben, nicht Municipium war, sondern Kolonie, ist bekannt. Daß es zu den 28 Kolonien gehörte, die August in Italien gründete, ist eine alte Vermuthung von Sigonius (de iure Ital. L. 3. c. 4.), die sich jetzt durch zwei Inschriften bestätigt, welche der Kolonie die Namen Iulia und Iulia Augusta beilegen. Die eine, die Gabriele Cotugno (memorie storiche di Venafro. Nap. 1824. 8. p. 83.) aus der erwähnten

Handschrift des de Utris schöpfte, lautet: VECTigal COLonorum COLoniae IVLiae VENAFRi (IVI und VENAER hat de Utris Manuscript mit beigefügtem *sic*); die zweite (Cotugno p. 277.) sah ich selbst in Venafro:

*ad ornandam coloni*AM. IVL. AVGVI *nafrum imp. Caesar August. proparte di*MIDIA. P. S. F. C IDEM*que probavit reliquum pec. pub* :..ICA. FACTVM. *Est*

Der Erneuerung der Mauern von Venafro gedenkt eine dritte Inschrift, welche nicht vor die Gründung der Colonie fallen kann, da sie nicht Quattuorvirn, sondern schon Duumvirn nennt, und nicht nach der ersten Hälfte von Augusts Regierung geschrieben zu sein scheint, da sie zahlreiche Archaismen enthält; sie gehört ohne Zweifel einem der ausgedienten Offiziere, die nach Venafro deducirt und dort die ersten Duumvirn und Präfecten wurden, was z. B. auch von Sex. Aulienus (Grut. 370, 1.) gilt. Der jetzt abgemeißelte und fast unlesbare Stein ist uns durch de Utris erhalten, aus dessen Handschrift er nicht ohne Fehler von Cotugno p. 267. und danach von Avellino opusc. 2, 285. publicirt ward:

C. ACLVTIVS L. F. TER. GALLVS
DVOVIR. VRBIS. MOENIVNDAE. BIS
PRAEFECTVS. IVREDEICVNDO. BIS
DVOVIR. IVREDEICVNDO. TR. MIL
LEGIONIS. *pri*MAE [1]). TR. MILITVM
LEGIONIS. SECVNDAE. SABINAE

1) XI. IMAE de Utris.

Demnach dürfte Venafro zu den ersten 18 Kolonien gehört haben, deren Gründung August schon im Jahr 712 in Angriff nahm (App. b. c. 4, 3.).

Von den Anordnungen, die Augustus für Venafrum traf, hat uns die eine der liber coloniarum (p. 239. Lachm.) erhalten: summa montium iure templi Ideae[2]) ab Augusto sunt concessa — woraus Sigonius scharfsinnig schloß, daß er auch die Kolonie deducirt habe. August stattete also eine Gottheit in Venafro mit Ländereien aus; aber daß sich hierauf seine Fürsorge nicht werde beschränkt haben, konnte man schon aus Sueton (Aug. 46.) schließen, wonach er die von ihm gestifteten Kolonien mit mancherlei öffentlichen Bauten und Renten bereicherte (operibus ac vectigalibus plurifariam instruxit). Zu diesen Werken gehörte, wenn wir recht vermuthet haben, dasjenige, an welchem sich die eben erwähnte Inschrift *ad ornandam coloniam* befand. Bedeutender aber und uns bekannter ist die Anlage einer gewaltigen Wasserleitung [3]), die, wenn den

2) deae hat der Arc.; vielleicht Dianae? Vgl. auch Orell. 1460.: — Vespasianus — fines agrorum dicatorum Dianae Tifat. a Cornelio Sulla ex forma Divi Aug. restituit (nach meiner Abschrift). Eine Dedication der Höhen von Venafro an die mater magna durch August ist nicht wahrscheinlich.

3) Dabei ist es auffallend, daß wenigstens das heutige Venafro vortreffliches Wasser hat, aus dem fiume di Venafro, einem kleinen auf dem Berge, an dessen östlichem Abhange Venafro liegt, sich bildenden Rinnsal; König Ferdinand IV. ließ sich sogar das Wasser aus der fontana della grotta bei Venafro überall hin nachführen (Giustiniani diz. top. X. p. 26.). Ob die

Berichten der Neuern zu trauen ist (Cotugno p. 255. Corcia storia delle due Sicilie II, 49.), in einer (gleichen?!) Höhe von 7 und einer Breite von 3 neap. Palmen das Wasser der Volturnusquellen 14 Miglien weit her in die Stadt führte. Man hat den Zug des Aquäducts verfolgt von der Höhe über dem colle de' Vescovi (vor der Stadt unter S. Maria dell' Oliveto), wo er durch den lebendigen Fels gebrochen ist, über die Höhen von Ravindola, Montaquila, S. Paolo, durch das Thal der Abtei bis zu den Quellen des Volturnus. Von den gleich zu erwähnenden Grenzsteinen dieser Wasserleitung, deren vier bekannt sind, sah ich den einen bei der Stadt selbst in der Masserie di cività nuova, den zweiten de Utris auf dem colle de' Vescovi, den dritten Monachetti [4]) in dem Dorfe Pozzilli, zwei Miglien von Venafro, den vierten derselbe Monachetti in dem Oertchen Colli am oberen Lauf des Volturno. Hiernach wird man auf den besseren Karten (z. B. der von Rizzo Zannoni) den Lauf der Wasserleitung zu verfolgen im Stande sein; wenn die Berichte nicht ganz trügen, war es ein großartiger Bau, der neben den römischen genannt zu werden verdiente. — Wenden wir uns zu den schriftlichen Kunden, die von diesem Aquäduct erhalten sind, so begegnen uns zu-

---

alte Stadt höher lag als die heutige oder ob das Wasser für die zahlreiche Einwohnerschaft nicht ausreichte, weiß ich nicht.

4) Memorie istoriche di Venafro 1693, ungedruckt (vgl. Giustiniani diz. top. X. p. 25.), Cotugno's Hauptquelle. Ich sah die Handschrift in Venafro.

vörderst eine Anzahl Marksteine mit durchaus gleichförmiger Inschrift (Murat. 441, 5. Cotugno p. 255.), welche ich nach dem mir zu Gesicht gekommenen Exemplar hier folgen lasse:

IVSSV. IMP. CAESARIS
AVGVSTI. CIRCA. EVM
RIVOM. QVI. AQVAE
DVCENDAE. CAVSA
FACTVS. EST. OCTONOS
PED. AGER. DEXTRA
SINISTRAQ. VACVVS
RELICTVS. EST

Diese Marksteine sind wesentlich verschieden von denen der römischen Wasserleitungen in der augusteischen Epoche, welche den Namen der Leitung (diesen jedoch nicht immer), den Namen des Kaisers, der den Stein errichten ließ, und die Zahl der iugera pedum CCXL angeben, welche zwischen dem Punkt, wo das Wasser in Rom vertheilt ward, und dem, wo der Stein aufgestellt war, sich befanden. Dies sind die terminatus, welche zu verbauen die lex Quinctia verbietet (*verb.* Si quis circa rivos). Solcher Steine finden sich mehrere bei Grut. 176, 3. 5. 1019, 10. Fabretti inscr. 660, 506—512. und besonders de aquis p. 111 sq.; den folgenden habe ich in Tivoli im Hause Sabbi-Colonna copirt:

IMP. CAES. . .
DIVI. F.
AVGVSTVS
EX. S. C.
ↀCⅬII. P. CCXⅬ

Von solchen Steinen kam einer auf jede 240 Schritt; dagegen scheinen die von Venafro nicht in bestimmten Intervallen aufgestellt worden zu sein, weil die nach den Grundsätzen der römischen Feldmeßkunst alsdann unerläßliche Angabe der Entfernung bis zum nächsten ähnlichen Steine fehlt. Sie standen vielmehr wohl nur da, wo man eine Usurpation des Wasserweges fürchtete, worauf auch deutet, daß sie sich nur bei Venafro selbst und in den Dörfern, durch die die Wasserleitung passirte, gefunden haben. Da, so viel wir sehen, das Regulativ die Setzung derselben nicht gebot, wird man dieselbe wohl nur, wo es besonders nöthig schien, zu größerer Vorsicht angeordnet haben. Von dem Regulativ des Aquäducts, aus dem diese Inschrift offenbar extrahirt ist [5]), hat sich nun in Venafro der vollständige Text gefunden, wie die wörtliche Uebereinstimmung von Z. 18. 19. der größern Inschrift mit den Worten des Extracts beweist. Wir wenden uns jetzt zur Erörterung dieses neuen Textes.

Die Ueberschrift, die aus drei Zeilen bestand, von denen die beiden ersten größere Schrift gehabt zu haben scheinen, ist verloren bis auf das Wort VENAFR in Z. 3.; somit würden wir den Urheber der Verordnung nicht kennen, wenn nicht die kürzere Inschrift uns in den Worten

5) Und zwar noch zu Augustus Lebzeiten, wie das fehlende DIVVS beweist, ohne Zweifel gleich bei der Anlage des Aquäducts. Doch wäre es möglich, daß die auf uns gekommenen Exemplare restituirte sind; wenigstens ist VACVVS für VACVOS (vgl. RIVOS in der größeren Inschrift Z. 42.) in einer augusteischen Inschrift auffallend.

iussu imp. Caesaris Augusti darüber erwünschten Aufschluß gäbe. Daß es kein eigentliches Gesetz ist im strengen Sinn des Wortes, geht theils aus diesen Worten, theils aus dem offenbar absichtlichen Vermeiden der den leges eigenthümlichen Formeln wie *ex h. l.* u. dgl., und dem mehrfach (Z. 40. 64.) vorkommenden placet hervor. Da nun an ein Senatusconsult offenbar nicht gedacht werden kann, so bleibt nichts übrig, als dasselbe für ein kaiserliches Edict zu halten, worauf die Formeln vollkommen passen und worauf die Analogie der römischen Regulative führt: Augustus edicto complexus est quo iure uterentur qui ex commentariis Agrippae aquas haberent (Frontin. de aquaed. 99.) [6]. Daß diese legis vicem hatten, ist bekannt (Walter R. G. I. S. 325. A. 35.). Der Senat scheint hierbei, wie überhaupt bei den kaiserlichen Edicten, nicht gefragt worden zu sein, da sonst das *ex S. C.* schwerlich in dem Extract fehlen würde. — Auf die Frage, wie der Kaiser dazu gekommen sei, für eine municipale Wasserleitung das Regulativ zu erlassen, da man hierfür vielmehr ein Decret der Decurionen erwarten sollte, könnte man antworten, daß, um die Contraventionen gegen dasselbe der Competenz des römischen Peregrinenprätors zu unterwerfen, wie in Z. 62. unsrer Verordnung geschieht, ein Municipalbeschluß nicht ausreichte; allein freilich würde man wiederum zu fragen berechtigt sein, weßhalb die Commune von Ve-

6) Beispiele kaiserlicher Edicte bei Brisson. de formul. l. III. c. 5. c. 8. Dirksen Versuche S. 20 A. 59.

nafrum ihren Aquäduct unter die Botmäßigkeit des Prätors in Rom hätte stellen wollen. — Der Grund liegt wahrscheinlich anderswo. Daß die Verordnung über die Instandhaltung und Benutzung des Aquäducts unter August erlassen ward, ist ausdrücklich bezeugt; daß der Aquäduct unter ihm und erst, nachdem Venafrum Kolonie geworden war, angelegt ward, ist höchst wahrscheinlich [7]. Möglich ist es, daß die Kolonie ihn auf ihre Kosten anlegen ließ, aber ungleich näher liegt die Annahme, daß derselbe zu den öffentlichen Bauten gehörte, die August nach Suetons Zeugniß in den julischen Kolonien gründete. War dies der Fall, so ist es nicht zu verwundern, daß das Regulativ über die Venafraner Wasserleitung von dem Erbauer erlassen ward, ebenso wie ohne Zweifel die römischen leges de singulis ductibus perlatae (Frontin. 94.) von den Urhebern derselben rogirt wurden; man begreift auch, weßhalb die Aufsicht über den Aquäduct von Venafro den römischen Gerichten anvertraut ward. Endlich führt hierauf der Ueberrest des ersten Wortes des ersten Kapitels unsrer Verordnung:

LIB*eralitate imp. caesaris augusti* 4

Im Uebrigen ist von diesem kurzen Kapitel (Z. 4—6.) nichts erhalten als gegen das Ende die Worte *eaeva*

7) Giustiniani l. c. bezieht auf den Bau des Aquäducts von Venafro die Erzählung Cicero's ad Qu. fr. 3, 1, 2, 3., daß dem Architekten Chilo durch den Einsturz eines Schachtes (cuniculus) in Venafro im Jahre 700 vier seiner Gesellen umgekommen seien. Allein warum soll dies gerade bei dem Bau unsres Aquäducts vorgefallen sein?

AQVA; vermuthlich enthielt dasselbe nichts anderes als die Uebergabe des Aquäducts an die Stadt Venafro von Seiten des kaiserlichen Erbauers.

Das lange, aber sehr lückenhafte zweite Kapitel (Z. 7—33.) handelt von der Instandhaltung der Leitung; doch findet sich gleich nach den ersten Worten

QVI RIVI 7

eine größere Lücke, in der die geringen erhaltenen Reste

ER ATISIICA

und

... *faciundae reficiu*NDAE CAVSA 8

keinen Aufschluß geben; es fehlt die Angabe, wem die Instandhaltung oblag, wobei die Anordnung und die Ausführung der nöthigen Arbeiten zu unterscheiden ist. Da von ersterer erst in Z. 44 fg. die Rede ist, wo dieselbe den Duumvirn von Venafro nach Maßgabe der Beschlüsse der Decurionen übertragen wird, kann hier nur von der Ausführung der Arbeiten die Rede sein, um so mehr, als hierauf allein die folgenden Worte passen und als in Z. 7. 8. für die Formel IIVIRO. IIVIRIS — ADFVERINT (Z. 36—38.) der Platz fehlt. Die Ausführung der Arbeiten aber kann in Venafro wie in Rom (Front. 116 sq.) allein der familia publica obgelegen haben, welche August vielleicht (wie er es auch in Rom that) zugleich mit dem Aquäduct der Commune zum Geschenk machte und deren Instandhaltung alsdann aus dem Ertrag des Aquäducts bestritten ward. In der That finden sich in Venafro vielfache Spuren eines zahlreichen und verhältnißmäßig angesehenen Stadtgesindes.

Dort ward folgende mit großen Buchstaben geschriebene, wahrscheinlich sepulcrale Inschrift gefunden (Cotugno p. 86.), die ich selbst gesehen:

COLLEGIO
FAMILIAE
PVBLICAE

Grabschriften haben wir von M. Publicius coloniae l(ibertus) Philodamus (Mur. 1120, 6.), von Sex. Venafranius col(oniae) l. Primogenes und Q. Venafranius col. l. Felix (Cotugno p. 86., auch von mir gesehen), und von einer Anzahl anderer Venafranii, die gleichfalls Freigelassene der Commune oder Nachkommen solcher gewesen sein werden (Venafranius Albanus, Mur. 1507, 11.; Venafranius Diogenes, Cotugno p. 91.; Venafrania Festa in zwei Inschriften Cotugno p. 41.; Mur. 1447, 5.; Q. Venafranius Hermaiscus, corrupt bei Murat. 1507, 12.). Ohne Zweifel war die familia publica in Venafro so auffallend zahlreich eben wegen des Aquäducts, dessen Instandhaltung ihr oblag. Ob der scriba Venafranus M. Valerius Victor (Cotugno p. 292.) bei demselben einen ähnlichen Posten gehabt, wie der römische procurator aquarum, der die Einschreibung der Berechtigten zu besorgen hatte (Front. 105.); ob die fabri in Venafro (Mur. 182, 3., vgl. den Sex. Aulenus Sex. l. Fuscus faber eines ungedruckten venafraner Steins) gleichfalls mit dem Aquäduct zu thun hatten; ob endlich das räthselhafte collegium Promes (Mur. 181, 5.: so hat der Stein unzweifelhaft) auf den Genius des Aquäducts, auf die Göttin Proma,

quae aquam promit sich bezieht, ist ungewiß und zunächst für unsern Zweck nicht wesentlich. Dagegen wäre zu prüfen, ob in der sehr zerstörten Z. 7. nicht *ministERIA publICA* verborgen sein sollte.

Es folgt nun, was der familia publica nach Vorschrift der städtischen Behörden zu thun erlaubt sein soll:

9. | . . . . *opus quod* FACTVM EST IN *usum eius*
10. AQ*Vae* | REFICERE REPONERE RESTITVERE SARCIRE
11. SEMEL SAEPIVS [8]), *fistul*AS CANALES | TVBOS PONERE . . . . *immit*TERE(?), SIVE QVID ALIVT EIVS
12. AQVAE DVCEN|DAE CAVSA OP*us erit facere ius sit lic*EA*tque*

Die hieran sich reihende Bestimmung ist sehr schwierig und defect; sie scheint die Verpflichtung der Commune zu betreffen, den etwa vorfallenden Schaden vollständig zu ersetzen:

13. DVM QVI LOCVS AGER IN*de facti* | *fu*ERINT *deteriores*, *damnum recte sarcia*TVR, VT IN *f*VNDO,
14. QVI L. POMPEI *l. f. ter.* SAVITAE(?) | EST ESSEVE D*esiit factum est fietve* . . . . ALILL⁒S. *s(upra?) s(criptum?)* E(*st?*)

Als das Regulativ abgefaßt ward, scheint über die durch den Aquäduct veranlaßte Deteriorirung des Grundstücks eines gewissen L. Pompejus eine Verhandlung geschwebt zu haben, die noch unentschieden war und möglicher Weise zu einer Uebernahme des Grundstücks Seitens der Commune führen konnte (daher est esseve

8) Vgl. die lex de mag. aqu. v. 13. (p. 178. Spang.): si semel si saepius volet. Rudorff Ztschr. XV, 247.

desiit). Auf diese scheint verwiesen zu werden als Präjudiz für ähnliche Fälle; indeß ist die Lesung schwankend und die Restitution sehr unsicher. Daß EVNDO in FVNDO zu verbessern ist, ist klar; LET habe ich zweifelnd in DET verwandelt; für den Schluß finde ich nichts einigermaßen Erträgliches. — Das Edict fährt fort:

15. PER QVEM LOCVM *qVAVe* QVO RECTE | SPECVS EIVS AQV*ae factus est, familia publica*, CERTA PARS-
16. VE QV*ae* EIVS *familiae, ne* | A*liter ad eum locum accedant* QVAM SPECVS REFICIVNDI AVT IN-
17. *staurandi* | *causa.*

quave quo, d. i. ubive aliquo loco; certa parsve für certave pars ist auffallend, aber nicht unzuläßig. Die Bestimmung ist übrigens angemessen; die Gemeinde von Venafro hat eine Wasserservitut an allen Grundstücken, durch die die Kanäle laufen und also auch das Recht rivos specus septa reficere purgare aquae ducendae causa (l. 1. de rivis 43, 21.) und zu diesem Endzwecke, aber auch nur zu diesem das fremde Grundstück zu betreten (l. 1 §. 8. de rivis. l. 1 §. 12. de cloac. 43, 23).

Es folgt nun die in dem Auszug wiederkehrende Bestimmung, deren Wiederherstellung indeß mehr Schwierigkeit macht, als man erwarten sollte:

ne quid fiat QVO MINVS EA AQVA IRE FLVERE
18. *duci* POS|*sit, ex utraque parte* DEXTRA SINI-
19. STRAQVE CIRCA EVM RIVOM, *qua aquae* | *ducendae causa muri facti specave sub ter*RIS ACTA
20. SVNT, OCTONOS PEDES AGRVM | *vacuom relinqui placet.*

Was in der Restitution mit den Worten: qua aquae ducendae causa muri facti specave sub terris acta sunt[9]) ausgedrückt ist, bezeichnet der Extract kurz mit den Worten: qui aquae ducendae causa factus est. Etwas Besseres als jene sehr problematische Ergänzung, bei der das seltene specum (Schneider lat. Gr. 1, 2 S. 463.) angenommen werden mußte, gelingt vielleicht Anderen zu finden. Die Bestimmung selbst ist verwandt der des römischen Senatsbeschlusses vom Jahre 743 (Front. 127.), wonach bei den römischen Wasserleitungen an der Quelle und längs der Bogen zu beiden Seiten je 15 Fuß, längs der Hauptleitungen unter der Erde (circa rivos qui sub terra essent) und längs der aus den Hauptleitungen abgezweigten Kanäle in der Stadt und den Vorstädten (circa specus intra urbem et extra urbem intra continentia aedificia) zu beiden Seiten je fünf Fuß von Häusern, Grabstätten und Bäumen frei bleiben sollten. Man forderte neben dem opus arcuatum größeren Raum wohl besonders wegen der bei Reparaturen dort aufzuschlagenden Gerüste. In Venafro machte man diesen Unterschied nicht und wählte deßhalb weder 15 noch 5, sondern eine mittlere Breite von 8 Fuß, d. h. die Breite einer gewöhnlichen via zu beiden Seiten der Leitung. Uebrigens erwarb an diesen Streifen Landes die Commune ohne Zweifel nicht das Eigenthum, sondern nur dingliche Rechte; genau wie die vicani Albinnenses der Inschrift Orelli 199. erhalten balneum,

---

9) Oder auch aquagia per muros ducta vel sub terris ACTA SVNT.

campum, porticus ac aquas iusque earum aquarum tubo ducendarum ita ut recte praefluere possint. Es war dies eine servitus aquae ductus und in Venafro eine damit verbundene servitus viae, die gar nicht einmal etwas Besonderes hat, denn jede via muß bekanntlich vacua bleiben. Aehnliches kam auch unter Privaten vor, so die Bestellung eines Aquäducts und circa eam aquam late pedes X (l. 30. de serv. pr. rust. 8, 3.), wo der Jurist entscheidet, daß hierbei nur eine Wegeservitut (wobei die Breite des Weges offenbar dem um den specus publicus freizulassenden nachgebildet ward), nicht das Eigenthum an dem Streifen Landes zu verstehen sei. Daß das Recht der Weide und des Heumachens auf diesen viae nicht dem Aerar, sondern den Anliegern zustand, ergiebt sich aus den lückenhaften Worten der lex Quinctia: quo minus in eo loco pascere herbam fenum secare sentes [tollere liceat, eius h. l. n. r.] [10]). — Weiter lesen wir:

---

10) Man vgl. noch die folgende von **Pighius** in dem sabinischen Forum novum (**Cluver** p. 693. **Fabretti** 681, 64.) copirte Inschrift. **Grut.** 180, 6. **Mur.** 490, 5. **Holsten.** ad **Cluv.** p. 121.

. . *ple*BEIVS. II. VIR. ITER
ii virat. SVO. IN. MVNICIPIVM
*aquam pe*CVNIA. SVA. ADDVXIT
.......S. IECIT. IN. PISCINAM. | IECIT. ET. IN Pigh. FECIT?
.......MPLO. EST. SALIENDAM. | MDO H. M.PO Mur. MPLO.L.T Pigh.
*ded. id*EMQVE. PROBAVIT
*vendit*OR. SOLI. IN. QVO. BALNEUM. EST
*excipie*T. EMPTORI. DE. AQVA
*et de b*ALNEO. FLVERE. AQVAM
*ut ad bal*NEV. NE. MVNICIPES.....PLEBEIVS. DEDIT CARERENT

Der Platz, wo das Bad sich befand, und der, durch den die Kanäle liefen, die die Bäder speisten, gehörte der Commune nicht:

neque ad eum LOCVM VENAFRANIS SIVE QVI VE-
21. NAFRANORVM | *oppidum inhabitat* [11]) *adire ac-*
cedere nisi EIVS AQVAE DVCENDAE OPERVM
22. EIVS AQV*ae* | *ductus causa viarumve facien-*
*darum refi*CIENDARVM QVOD EIVS S(*ine*) D(*olo*)
M(*alo*) FIAT, IVS SIT LICEATQVE.

Die beiden viae längs des Aquäducts sollen also nicht als viae publicae dienen und von keinem Venafraner betreten werden dürfen; daß sich dies auf den Eigenthümer, dem der Boden der via gehörte, und dessen Leute nicht erstreckte, werden wir später sehen. Für die Richtigkeit der Ergänzung adire accedere spricht *theils* die ausnahmsweise Gestattung des *iter* DEXTRA SINISTRA-QVE P. VIII FACERE (Z. 25.), theils die Erwägung, daß es sehr nahe liegen mußte, die der Commune längs der Wasserleitung zuständige Wegegerechtigkeit mit einer zum allgemeinen Gebrauch ausgelegten via publica zu verwechseln. — Von dem allgemeinen Verbot ausgenommen wurden natürlich diejenigen, welche an dem Aquäduct etwas bauen oder repariren sollten; der Ausdruck ist so allgemein gefaßt, daß nicht bloß die servi aquarii der Commune, sondern alle fremden Handwerker und Arbeiter in gleicher Weise darunter fallen. Dagegen ist es

sie hatte nur das Recht, dort ein Bad zu haben und dazu das Wasser hinzuleiten. Deßhalb wird daran erinnert, daß der Verkäufer des Grundstücks seinen Käufer von dieser Dienstbarkeit benachrichtigen möge, wenn er sich nicht einer Entschädigungsklage aussetzen will.

11) Den coloni et incolae (Orell. 3326. und öfter); der Sinn ist klar, die Formel ungewiß.

eine bloße Hypothese, daß auch die Arbeiter, welche einen Weg anzulegen oder auszubessern hatten, die Wege längs der Wasserleitung benutzen durften. Zu ihrer Vertheidigung kann man anführen, daß ein Aquäduct von 14 Miglien nothwendig eine Anzahl öffentlicher und Vicinalwege durchschneiden mußte, und daß es zu deren Instandhaltung nöthig war, den Wegestreif neben der Wasserleitung so weit als nöthig (quod eius s. d. m. fiat) zu benutzen. Will man indeß für viarumve eine allgemeine Formel, earumve rerum oder dgl. substituiren und eine nichtssagende generelle Clausel hierin erkennen, so ist dagegen auch nichts einzuwenden.

Auf dasselbe Verhältniß bezieht sich auch noch die folgende Periode:

23. | *quaecunque eius aquae ducendae viaeve* FACIENDAE REFICIENDAE CAVSA OPVS ERVNT, QVAM
24. | *rem ita uti s. s. e. facere licebit,* ADFERRI AD-
25. PORTARI; QVAEQVE *ibi* SECVM *ita* IMPVNE | QVIS *attulerit tollere; iter* DEXTRA SINISTRAQ. P. VIII
26. FACERE DVM OB EAS RES DAMN|*um iniuria* .... *ne* COMMITTATVR; EARVMQVE RERVM OMNIVM ITA
27. *facien*DARVM | *ius potestatemque esse placet.*

Ob in dem QVAEQVIINDECVMI≡IM≡VNI meiner Abschrift wirklich QVAEQVE IBI SECVM ITA IMPVNE sich verbirgt, ist sehr ungewiß; den Sinn und Zusammenhang aber hoffe ich nicht verfehlt zu haben. Wer an der Leitung (oder an den Wegen) eine Arbeit vorzunehmen hatte, durfte zu diesem Zwecke das nöthige Gerüst und Arbeitsgeräth mit sich bringen (verbo reficiendi

advehere adportareque ea quae ad eandem rem opus essent continetur, l. 1. §. 6. de rivis 43, 23.) und dasselbe nach beendigter Arbeit wieder wegnehmen (si quis eum exportare vehere quae refectioni necessaria sunt prohibeat, hoc interdictum ei competere Ofilius putat; l. 3. §. 10. eod.); er durfte ferner die beiden Wasserleitungswege betreten und überhaupt das Erforderliche vornehmen, natürlich ohne dabei Schaden anzurichten an den Baulichkeiten oder den Aeckern.

Von dem nächsten Satze ist in der bis auf einen Buchstaben N ganz zerstörten Z. 27. der Anfang untergegangen und auch die ersten Buchstaben von Z. 28. NVC . . . weiß ich nicht zu entziffern; alsdann heißt es weiter:

28. *ne* CVIVS AGRI LOC*ive*, *per* QVEM AGRVM LOCVMVE
29. EA AQVA *it fluit* | DVCIT*vr*, . . . *dom*IN*vs* OB ID
30. OPVS MINVS EX AGRO SVO IN PARTEM AGRI | QVAM *tr*ANSIRE TRANSFERRE *eoque uti* RECTE POSSIT.

Da die Wegestreifen von je acht Fuß nicht Eigenthum der Gemeinde von Venafro wurden, sondern diese nur eine Dienstbarkeit daran erwarb, mußten natürlicherweise die Eigenthümer von der allgemeinen Vorschrift Z. 20 fg. ausgenommen und ihnen, jedem für sein Grundstück, die Betretung und wirthschaftliche Benutzung des Wegestreifs freigestellt werden. Dagegen wird natürlicher Weise auch von den Anliegern erwartet, daß sie den Aquäduct nicht beschädigen noch ableiten:

31. NEVE CVI EORVM, PER QVO|RVM AGROS EA AQVA DVCITVR, EVM AQVAE DVCTVM CORRVMPERE ABDV-

32. CERE AVERTERE FACERETVE, QVO MINVS EA AQVA
33. IN OPPIDVM VENAFRANORVM RECTE DVCI | FLVERE POSSIT, LICEAT

Hierbei ist zwar jede Beschädigung des Aquäducts gemeint, hauptsächlich aber das Anlegen verbotener Abzüge (avertere) aus der öffentlichen Leitung zur Bewässerung der Felder, durch welche sie geführt wird — ein Mißbrauch, dessen Frontin 75. (vgl. 128.) gedenkt: plerique possessorum, quorum agris aqua circumducitur, fraude formas rivorum perforant, unde fit, ut ductus publici hominibus privatis vel ad hortorum tantum usus pendant aquam [12]), und zu dessen Abstellung die lex Quinctia auf Beschädigung und Durchlöcherung der Hauptkanäle und der Leitröhren eine Strafe von 100000 Sesterzen setzte. — Hiermit ist das zweite Kapitel des Gesetzes, die tutela ductuum betreffend, beendigt; es folgt das dritte und letzte über die Benutzung und Administration des Wassers.

Ehe wir zu den Bestimmungen des Edictes selbst uns wenden, wird es angemessen sein, einige andere hauptsächlich aus Inschriften geschöpfte Notizen über die öffentlichen Wasserleitungen der Municipien voraufzuschicken. Es wird deren nicht wenige gegeben haben, wie die in mehreren italischen Städten gefundenen fistulae

12) So ungefähr mag die Stelle zu schreiben sein; die Handschrift hat e quorum für quorum, unde für fraude (was die alten Ausgaben besserten), und am Schluß vel ad hortorum tma suspendant ac, vielleicht für hortorum tm̄ usus pendant aq̄. Der Sinn ist jedenfalls klar.

publice signatae beweisen; so z. B. in Triest Bleiröhren mit PVBL. TERG, darunter: FELIX. PVBL(*icus*) TERG. F(*ecit*) (Marini in dem ungedruckten Katalog der fistulae n. 54a., vom P. Cortenovis); in Bevagna PVBLICA MEVANATIVM (Marini n. 55. aus den sched. Barb.); in Circello REI. P. CIRCEIENS (Murat. 1038, 8., hier nach Marini fist. n. 57.); in Castronovo COL. CAST (Marini fist. 57b. nach den Scheden Torraca); in Rusellä PVB. COL. RVS. E. S. P. R. PVD (Holsten ad Cluv. p. 514. Marini fist. 58a.); in Veji PVBLIC. VEIENTANORVM (Marini Arv. p. 636. fistulae n. 53., jetzt im Mus. Borb.; ungenau Fabr. 544, 418, Marini fistulae n. 54); in Falerii MVNICIPI. FALISCI (Fabrett. 543, 400, Marini n. 56.); in Pozzuoli COLONIA. FLAVIA. AVGVSTA. PVTEOLI (Don. II., 148. Murat. 1107, 3. Gud. 207, 7. Marini fist. n. 58.); in Canosa REIPVBLICAE. MVNICIP[I]VM. CANVSINO // SVB. CVRA. L. EGGI. MARVLLI (Molaitin. p. 38. Marini fist. n. 54.); in Kumä PVBL. MVNIC. CVMANOR nach meiner Abschrift, Bullett. 1845 p. 234.); in Teanum Sidicinum mit PVB(*licum*) COL(*oniae*) CL(*audiae*) FIR(*mae*) TEA(*ni*) (Broccoli Tiano p. 135. und danach Marini 59., Hoare classical tour 1, 257.). Alle diese Städte hatten also öffentliche Aquäducte. Während nun in Rom seit August das Wasser, soweit es nicht für die öffentlichen Gebäude und für das kaiserliche Haus in Anspruch genommen wurde, wie das Brot durch kaiserliche Gnade umsonst verliehen ward (Front. 105.) und zwar stets nur durch Concessionen auf Lebenszeit

(Front. 107.), behauptete sich in den Municipien der Gebrauch der republikanischen Zeit (Front. 94. 95.), das nicht für die öffentlichen Zwecke direct erforderliche Wasser zum Besten der Stadtkasse zu verwerthen. Die Art, wie man das Wasser vertheilte, erhellt aus dem noch erhaltenen Fragment des Grundrisses einer Wasserleitung [13]); man erkennt den rivus mit seinen Verzweigungen und mit den foramina, in welche die calices und fistulae eingelegt wurden. Bei jeder fistula steht eine Beischrift nach folgendem Schema:

C. IVLI. HYMETI
AVFIDIANO
AQVAE. DVAE
AB. HORA. SECVNDA
AD. HORAM. SEXTAM

Es wird also zuerst der Name des Eigenthümers im Genitiv, dann der des fundus, dem das Wasser zukommt, im Dativ angegeben; hierauf folgt die Anzahl der aquae, d. h. der fistulae aquariae [14]) von einem gewissen durch die lex aquaeductus normirten Durchmesser, und endlich die Bestimmung, wie viele Stunden täglich in den fistulae das Wasser fließen darf. Daß man den Wasserlauf nach Zeit und Stunden theilte, ist bekannt [15]); wo die Stundenangabe fehlt, wie bei dem fundus Squa-

13) Gud. 127, 5. ohne Ortsangabe; genauer Fabretti de aquis p. 151., der den Stein in Rom auf dem Aventin im Garten der Kirche S. Maria sah.

14) So steht aquae öfter bei Frontin, z. B. c. 109.

15) L. 7. l. 10. §. 1. qu. serv. am. 8, 6. l. 17. pr. de aq. et aq. pl. arc. 39, 3. l. 2. l. 5. §. 1. de aqua quot. 43, 21.

terianus unsrer Inschrift floß das Wasser beständig. Dieser Grundriß, der ohne Zweifel der augusteischen Epoche angehört [16]), der aber nicht auf eine römische, sondern auf eine municipale, vermuthlich tusculanische oder tiburtinische Wasserleitung sich beziehen wird, ist der lebendige Commentar zu den Worten Frontins c. 9: (aquam Crabram Agrippa) Tusculanis possessoribus relinquendam credebat, ea namque est quam omnes villae tractus eius per vicem in dies modulosque certos dispensatam accipiunt; wozu aus Cic. agr. 3, 2, 9. noch hinzuzufügen ist, daß die Eigenthümer der fundi der Gemeinde von Tusculum für das Wasser ein Vectigal entrichteten. Vgl. Cluver. p. 719. — Sehr ähnlich ist eine andere Inschrift von Tivoli, die uns erhalten ist allein durch Apian p. 189., aus dem sie Grut. 182, 5. mit willkührlichen Aenderungen wiederholte. Die Abschrift des Steins, den schon der alte Sammler als lapis corrosus bezeichnet, ist sehr mangelhaft, die Zeilenabtheilung natürlich ganz *arbiträr*; ich gebe im Folgenden einen Restitutionsversuch, dem man einige Dreistigkeit zu Gute halten möge, da mit gelinden Mitteln hier nicht auszureichen ist.

M. SALLVI (Name des Eigenthümers im Genitiv)
DOMITIANO, (sc. fundo)
AQ(*uis*) TRIBVS [17])

---

16) Es kommt der Name eines C. IVLI. CAESAR(*is l.*) ... darauf vor.

17) Also fast ganz wie auf der vorigen Inschrift.

FIRMIS [18]), ANIO(*nis*) [19]), SIG(*natis*) [20]),
SING(*ulis*) DIGITOS DECEM [21]),
SVPRA FORAMEN IN LIBR(*am*) EST [22])
*aq*VAE [23]) DIMIDIAMOS DIMIDIVM ALTVM DIGITVM DIMIDIVM [24])
accipiet ab hor(*a*) NOCTIS PRIM*a* AD HOR(*am*) EIVS DEC*im* [25])

Hierauf scheint ein neuer Artikel zu beginnen, der wo möglich noch corrupter und mir ganz unverständlich ist:

RELIQVA FORA LONGA (schr. FORAMINA?) SINGVLA
DIGIT. DECLAR (schr. DECEM....) QV PRIMP SOLI
AN(*ionis*) AQ(*ua*) SINGVL(*a*) FORAMINA D(*igitos*)
TRES ET DIMID(*ium*) ALTA ACCIPIET
FORAMINIB. (schr. HORA .....?) AD HORAM DECIM

---

18) Aquae firmae ist vielleicht zu vergleichen mit den fistulae soledae eines uralten Steines von Alatri (Orell. 3892).

19) ANO Ap.; der Anio vetus gab einen Theil seines Wassers den Tivolesen ab (Front. 6.), die eine eigene Leitung hatten (proprius ductus Tiburtium Front. 66.).

20) Die fistulae signatae hatten bekanntlich größere Autorität. Front. 112.

21) Im Diameter nämlich, oder alta, wie es später heißt. Es waren also ungefähr fistulae octogenariae (Front. 58.).

22) D. h. über dem Einschnitt bis zum Niveau des Wassers sind ... Zoll; es war nämlich nicht gleichgültig, ob der Einschnitt in der Linie des Niveaus der Leitung oder tiefer gemacht wurde (Front. 11.).

23) NOVAE Ap., worin wohl AQVAE steckt.

24) Diese sechs Worte sind corrupt und dunkel.

25) CCCIIIN MON NOCTIS PRIMAE AD HOR EIVSDEM. Daß EIVS. DECIM zu schreiben ist, sah Wesseling obss. II. c. 27.

Merkwürdig ist es, daß in beiden Steinen alle Zahlen mit Buchstaben geschrieben sind; war dieß gesetzliche Vorschrift?

Die Leitung oder die Leitungen, auf welche diese beiden Inschriften der römischen Campagna sich beziehen, zeichnen sich dadurch aus, daß das Wasser Grundstücken und Landhäusern zugeführt ward, nicht städtischen Gebäuden; und daß, wie man besonders aus Cic. a. a. O. schließen kann, das Recht hier ein Realrecht und das vectigal eine Reallast war, ein dingliches vectigal pro aquae forma (l. 27. §. 3. de us. 7, 1., l. 39. §. 5. *de leg.* I. 30. Vergl. indeß unten über eine andre mögliche Beziehung dieser Stellen). In keiner Beziehung passen diese Inschriften auf die Vertheilung des Wassers in der Stadt, welches der vorwiegende Zweck der römischen Aquäducte und ohne Zweifel der einzige der meisten Municipalleitungen war; von den deßfallsigen Attributionen, die in Rom alle höchst persönlich und *wohl auch* meistens in den Municipien waren, haben sich *begreiflicher* Weise ähnliche Grundrisse nicht erhalten — schwerlich schrieb man diese je auf Stein. Dagegen verdient in dieser Beziehung Erwähnung der Municipalbeschluß von Suessa aus dem Jahre 193 n. Chr. (Orell. 4047.; das Original ist verloren), der dem Augustalen C. Titius Chresimus die bei den Augustalen hergebrachte Auszeichnung des Lehnsessels (bisellium) zugesteht, quo quis optimo exemplo in colonia Suessa habuit, et ut aquae digitus in domo eius flueret commodisque publicis ac si decurio frueretur; genau wie Frontin c. 9

aus der republikanischen Zeit Roms es anführt: aliquid et in domos principum civitatis dabatur concedentibus reliquis. Es ist auffallend, daß keines der zahllosen Ehrendecrete für Decurionen einer Gratisbewilligung der aqua publica domestica erwähnt; man sollte fast meinen, daß es zu ihren legitimen Emolumenten gehört habe. Die Fassung des suessaner Decrets scheint diese Vermuthung zu unterstützen. Jedenfalls unterstützt diese exceptionelle Vergabung des Rechts, im eigenen Hause eine fistula zu haben, die Annahme, daß dieß Recht regelmäßig durch einen onerosen Contract erworben werden mußte.

Kehren wir zurück zu dem Texte des venafraner Edicts, der glücklicher Weise hier durch keine Lücke unterbrochen ist:

34. | QVAEQVE AQVA IN OPPIDVM VENAFRANORVM IT
35. FLVIT DVCITVR, EAM AQVAM | DISTRIBVERE DISCRIBERE VENDVNDI CAVSA AVT EI REI VECTIGAL IN-
36. PONERE CONSTI|TVERE, IIVIRO IIVIRIS PRAEFEC. PRAEFECTIS EIVS COLONIAE EX MAIORIS PARTIS
37. DECVRI|ONVM DECRETO, QVOD DECRETVM ITA FA-
38. CTVM ERIT, CVM IN DECVRIONIBVS NON | MINVS QVAM DVAE PARTES DECVRIONVM ADFVERINT; LE-
39. GEMQVE EI DICERE EX | DECRETO DECVRIONVM, QVOD ITA VT SVPRA SCRIPTVM EST DECRETVM ERIT,
40. IVS PO|TESTATEMVE ESSE PLACET.

Wie im vorhergehenden Kapitel die Competenz der familia publica und aller derer, die an und bei dem Aquäduct eine Arbeit ausführen wollten, bestimmt ward,

folgt hier die Verfügung über die Competenz der städtischen Behörden: der Duumvirn (iure dicundo), die in den Colonien die höchsten Beamten waren wie in den Municipien die Quatuorvirn, und ihrer Stellvertreter, der praefecti (iure dicundo)[26]). Ebenso wie indeß in Rom der Senat bei der Ernennung der curatores aquarum mitwirkte (Front. 100. 104.), ebenso und noch weit mehr sollten die Decurionen in den Municipien bei der Verwaltung der Leitungen sich betheiligen. Das beweist schon der Stein von Suessa, da der Augustale Chrestimus den digitus aquae durch Beschluß des Municipalsenats erhält; in dem Edict von Venafrum ist noch viel ausdrücklicher verordnet, daß in der ganzen Verwaltung der Wasserleitung der Magistrat nicht selbst-

26) Die Bedeutung der Präfecten ist jetzt allgemein bekannt (Marini Arv. p. 175. Puchta Zeitschr. IX, S. 221.); sie traten dann ein, wenn es an Duumvirn fehlte, also vorzugsweise in dem Fall, wo man sich über die Wahl nicht rechtzeitig einigte. Dieß war besonders unter den ersten Kaisern der Fall, wo nicht der Senat, sondern das Volk in den Municipien wählte; daher ist es begreiflich, daß die meisten Präfecten der Inschriften ins erste Jahrhundert gehören. Für Venafro selbst vgl. den Stein des C. Aclutius praefectus iuredeicundo bis oben S. 289. — Uebrigens wird die Vergleichung unsres Textes mit den bekannten Worten der lex Rubria: quod eius is IIvir IIIIvir praefec. ex lege Rubria seive id pl.ve sc. est decreverit den Streit, ob ex lege Rubria mit praefec. oder mit decreverit zu verbinden sei, auch für die bisher noch nicht Ueberzeugten wohl zu Gunsten der letzteren Meinung entscheiden. Der IIIIvir fehlt in dem Edict, das nicht wie die lex Rubria auch auf Municipien im e. S. sich bezog, sondern nur auf die eine Colonie Venafrum. Ganz ähnlich ist die Formel der pisaner Decrete über die Exequien von C. und L. Cäsar.

ständig handeln, sondern einzig die Beschlüsse des Raths ausführen solle. Nach der bekannten Bestimmung der lex Iulia municipalis vom Jahre 709 der b. St. war indeß ein solcher Beschluß nur gültig, wenn er in Anwesenheit von zwei Dritteln der Decurionen gefaßt worden [27]; eine Vorschrift, die August in diesem seinem Edict noch für den vorliegenden Fall speciell wiederholt hat.

Den Duumvirn von Venafrum im Einverständniß mit den Decurionen soll nun die Befugniß zustehen, über das Wasser und die Leitung nach Gutdünken zu bestimmen. Was das Wasser selbst anbetrifft, soll ihnen allgemein gestattet sein darüber zu disponiren (legem ei aquae dicere), also den erforderlichen Bedarf den Tempeln und öffentlichen Gebäuden, namentlich den Reservoirs (lacus) und, wenn es deren in Venafro gab, den öffentlichen Bädern zuzuweisen, ferner (wenn wir recht vermuthet haben) den Decurionen ihre Portionen auszulegen und nicht minder denjenigen, welche durch besonderes Privileg hierin den Decurionen gleichgestellt waren, endlich das nach allem diesen überschüssige Wasser zum Besten der Stadtkasse zu verkaufen. Dieses Verkaufs, den das Edict als die wichtigste Verwendungsart an die Spitze stellt und besonders behandelt, gedenkt auch Frontin c. 94. 95. und Hygin de cond. agr.

---

27) Lege municipali cavetur, ut ordo non aliter habeatur quam duabus partibus adhibitis (l. 3. D. de decret. ab ord. fac. 50, 9.; vgl. l. 3. 4. quod cui. un. 3, 4 l. 46. C. de decur. 10, 31.), Savigny Ztschr. IX, 364.

p. 120.: aquae publicae atque venales. Wir haben dabei nicht an den Verkauf bestimmter Quantitäten geschöpften Wassers in Krügen oder Tonnen zu denken, der in Rom wohl vorkommen mochte (wenigstens scheint die aqua venalis bei Frontin c. 114. hierauf zu beziehen), aber schwerlich in Venafro [28]); sondern es wird vielmehr gemeint sein der Verkauf des ius aquae ducendae. Dieser Verkauf kann an sich in doppelter Weise gedacht werden: als ein eigentlicher Verkauf gegen eine auf einmal zu erlegende feste Kaufsumme, so daß dem Hause das ius aquae als ein dingliches Recht erworben ward, oder als eines jener zwischen Kauf und Pacht schwankenden Geschäfte (§. 3. I. de loc. 3, 24.), wobei statt des pretium certum eine jährliche Rente (vectigal) gezahlt ward und ein dingliches Recht nicht entstand. Allem Anschein nach kam in den Municipien die erstere Form gar nicht vor, sondern man erwarb auf das Wasser einen persönlichen Anspruch gegen Zahlung einer bestimmten Rente. Dafür spricht theils die Analogie der römischen Verhältnisse, wo ius impetratae aquae neque heredem neque emptorem neque ullum novum dominum praediorum sequitur (Front. 107., l. 49. de C. E. 18, 1. vgl. Ztschr. a. a. O. S. 249. 250.); theils das ähnliche Verhältniß der Privilegirten in den Municipien, z. B. des Chresimus in Suessa und der Decurionen überhaupt, bei de-

28) Von Ausculum Apulum sagt Horaz Sat. 1, 5, 88.: venit vilissima rerum hic aqua. Das mochte an einzelnen Orten damals wie heut zu Tage vorkommen, aber sicher nicht in großem Umfange.

nen das ius aquae offenbar nicht an das Haus, sondern an die Person geknüpft war. Auch das Schweigen der Rechtsbücher über das Wasserrecht städtischer Grundstücke ist bezeichnend genug. Endlich kennen Frontin wie unser Edict keinen andern Verkauf als den gegen ein vectigal. So heißt es bei Frontin c. 94. von den voraugusteischen Institutionen in Rom: (aqua) erat vectigalis, statuta mercede quae in publicum penderetur — und dieß wird c. 95. bezeichnet als das ius dandae vendendaeve aquae. So schreibt unser Edict den Duumvirn vor, die Kaufportionen einzutheilen (distribuere discribere vendendi causa) und den Kaufpreis oder die Rente einer jeden festzusetzen (vectigal inponere constituere). Ich glaube demnach, daß wir diesen sogenannten Verkauf uns juristisch vielmehr als Location zu denken haben; wie ja bekanntlich die censorischen Verpachtungen auch venditiones hießen (Fest. s. v. p. 376.). Der Privatmann, der eine Röhre in seinem Hause haben wollte, schloß hierüber mit der Stadt einen Contract ab, der an sich wohl nur auf ein Jahr galt, bei dem aber die relocatio tacita natürlich in weitem Umfang vorgekommen sein wird. Starb er, so werden die allgemeinen Grundsätze über den Eintritt des Erben in die Contracte des Erblassers Anwendung gefunden haben; veränderte er die Wohnung, so konnte weder der ihm nachfolgende Miethsmann juristisch in den Contract eintreten, so oft es auch factisch geschehen sein mag, noch konnte er selbst in seiner neuen Wohnung die Leistung des Wassers verlangen (abgesehen natürlich

von den persönlich Privilegirten), da die certo loco bedungene Leistung nicht unbedingt, und am wenigsten in diesem Falle, an einem andern Ort gefordert werden kann. Für Rom bestimmt dieß ausdrücklich der Senatsbeschluß Frontin. 108. — Offenbar war dieß für beide Theile die natürlichste und bequemste Form, die namentlich für das Aerar den großen Vortheil *hatte*, eine bleibende, ziemlich feste Einnahme demselben zu sichern.

Somit gewann die Colonie durch Augustus Munificenz außer dem indirecten Vortheil guten und *reichlichen* Wassers direct theils freies Wasser zu allen öffentlichen Zwecken, theils eine wahrscheinlich nicht unbedeutende jährliche Einnahme. Daß August die julischen Colonien operibus ac vectigalibus publicis ampliavit (Suet. Aug. 46.), ist ohne Zweifel mit bestimmter Beziehung auf diese und ähnliche Anlagen gesagt, und hat den Sinn, daß das opus publicum (des Aquäducts) zugleich das vectigal publicum (die Einnahme von *demselben*) in sich schloß. Zu dieser Einnahme steuerten außer den reicheren Hausbesitzern, die sich das Wasser ins Haus leiten ließen, und den Grundbesitzern, welche (soweit dieß überhaupt aus dem Aquäduct zulässig war) ihre Ländereien vermittelst desselben bewässerten (s. oben S. 308.), hauptsächlich die Handwerker, welche des Wassers zu ihrem Gewerk bedurften, besonders die Walker (Front. 95.); dann aber auch (vgl. Front. l. c.) diejenigen, welche auf ihre Kosten Bäder (sei es für den Privatgebrauch, sei es aus Munificenz für die Aermeren) an-

legten. Daher sagt Vitruv 8, 6, 2.: fistulae in balneas vectigal quotannis populo praestent; und so kann auch die Inschrift von Bergamo (Apian. 93, 1. Grut. 181, 6.): L. Cluvienus L. f. Ani. Cilo balneum et aquas dedit — verstanden werden (wenigstens eben so gut wie von der Leitung des Wassers in die Stadt) von der Erwerbung des für die Bäder nöthigen Wassers aus irgend einem öffentlichen Aquäduct durch Zahlung des jährlichen vectigal. Von besonderem Interesse aber ist in dieser Hinsicht die in den Bädern von Giulia nuova, dem alten Castrum novum, 16 Miglien entfernt von Teramo (Interamnia Praetuttianorum) gefundene Inschrift (Bullett. 1833 p. 114.): PVBLICVM. INTERAMNITVM. VECTIGAL. BALNEARVM, welche beweist, daß aus dem öffentlichen Aquäduct von Teramo die in der Nachbarstadt befindlichen Bäder gespeist wurden und daß dafür eine Abgabe an die Stadtkasse von Teramo entrichtet ward. Danach darf man auch annehmen, daß die S. 289. angeführte Inschrift von Venafro VECT*igal* COL*onorum* COL*oniae* IVL*iae* VENAFRi neben einem Kanal stand, welcher aus dem venafraner Aquäduct das Wasser in ein Bad leitete.

Es folgt eine Vorschrift für die Anlegung der Abzugsröhren, die von der Hauptleitung sich abzweigen:

41\. DVM NE EA AQVA QVAE ITA DISTRIBVTA DISCRIPTA DEVE QVA | ITA DECRETVM ERIT ALITER QVAM FISTVLIS PLVMBEIS D(*um*) T(*axat*) AB RIVO P(*edes*) L DVCATVR.

Der römische Senatsbeschluß bei Frontin 106.

sagt: ne cui eorum quibus aqua daretur publica, ius esset intra L pedes eius castelli ex quo aquam ducerent laxiorem fistulam subiicere quam quinariam. Der Grund ist, daß, wenn eine enge Oeffnung sich sogleich erweitert, der rasche Fall des Wassers eine stärkere Consumtion mit sich bringt (Frontin. c. 112.). Wäre es gestattet, unter den fistulae plumbeae unsres Edicts die fistulae quinariae, als die des modulus certissimus et maxime receptus (Front. 26.), gleichsam als die fistulae κατ' ἐξοχὴν zu verstehen, so würde die Vorschrift des Edicts mit der des Senatsbeschlusses zusammenfallen; doch wage ich dieß nicht und es bleibt somit nichts übrig, als hierin die Vorschrift zu erkennen, daß in jeder Nebenleitung das Wasser die ersten funfzig Fuß weder durch thönerne Röhren (tubi) noch durch ausgemauerte Gänge, sondern einzig und allein durch bleierne fistulae geführt werden dürfe. — Weiter heißt es:

42. NEVE EAE | FISTVLAE AVT RIVOS NISI SVB TERRA,

43. QVAE TERRA ITINERIS VIAE PVBLICAE LIMI|TISVE ERIT, PONANTVR CONLOCENTVR;

44. NEVE EA AQVA PER LOCVM PRIVATVM IN|VITO EO, CVIVS IS LOCVS ERIT, DVCATVR.

Nur unter den öffentlichen Wegen und Straßen (vgl. in via publica itinereve publico in den Edictsstellen l. 2. §. 20. 35. ne quid in loco publ. 43, 8.), wozu in den italischen Colonien die limites bekanntlich mit gehören[29]), und unter denjenigen Privatgrundstücken, deren

29) Hygin. de limit. p. 169. Lachm. und zwar nach einer

Eigenthümer sich die servitus aquae ducendae hatten auflegen lassen oder sich selbst das Wasser zuführten, sollten die besagten Röhren und der Hauptkanal hinlaufen dürfen. Die Bestimmung ist nicht zwecklos, auch wenn man unter rivus hier den Hauptkanal versteht; es würde dann damit gesagt sein, daß bei einer etwanigen Veränderung in dem Laufe des Aquäducts kein Grundeigenthümer sich die Expropriation gefallen zu lassen brauche. Doch kann unter rivus allenfalls auch ein größerer Nebenkanal verstanden werden. Die Bestimmungen über die Vertheilung und Verwendung des Wassers selbst sind hiermit beendigt; das Edict geht fort zu der Bestimmung, wem über die Leitung die Aufsicht zukomme:

45. QVAMQVE LEGEM EI AQVAE TVENDAE O*pe*[30])|RIBVSVE, QVA*e eius aquae*DVCTVS VSVSVE CAVSA FACTA

46. SVNT ERVNT, TVENDIS | *ex maioris partis decurionum* DECRETO, QVOD ITA VT S(*upra*) S(*cri-*

47. *ptum*) E(*st*) FACTVM *erit*, DIXERI*nt*, | *eam legem ratam firmamque esse* PLACE*t*.

Die Anordnung also der Arbeiten, welche das vorhergehende Kapitel zunächst der familia publica überträgt, soll den Duumvirn nach Maßgabe der Rathsbeschlüsse obliegen.

Vorschrift der lex colonica Frontin. de controv. p. 24. — vermuthlich einer der lex municipalis analogen allgemeinen Städteordnung für die Colonien.

30) ON≣ hat meine Abschrift; die Richtigkeit der Verbesserung ist evident.

Die folgenden 14 Zeilen haben nicht gelesen werden können; es fehlt in dieser großen Lücke die nähere Bestimmung darüber, wie die erwähnten Anordnungen zu treffen sind, und die größere Hälfte der **sanctio**. Dagegen besitzen wir wieder den Schluß der letzteren, welcher also lautet:

62. *praetorem, ad quem* | *in ius ibunt* AGENT, EVM QVI INTER CIVES ET PEREGRINOS IVS DICET INDI-
63. CIV*m* [31]) | *recuperatorium eo nom*INE INQVE EAS RES HS X REDDERE [32]), TESTIBVSQVE DVM TAXAT
64. X DENVN|*tietur facere* PLACET

Auf welches Delict dieser Prozeß sich beziehe, ist in der Lücke verloren gegangen, was zu bedauern ist; man wüßte gern, ob jede Contravention gegen das Edict, oder nur gewisse besonders ausgezeichnete in Rom verhandelt werden mußten, mit andern Worten, ob der für den Aquäduct competenten Verwaltungsbehörde, den *II viri* iure dicundo, über denselben gar keine oder bloß eine beschränkte gerichtliche Competenz eingeräumt ward. So weit wir sehen, scheint der Fremdenprätor ausschließlich die Befugniß gehabt zu haben, auf Grund des Edicts

31) Dieß Wort hat Rudorff (Ztschr. XIV, S. 373. XV, S. 213. 265.) richtig in DECIV erkannt; von der Richtigkeit seiner sonstigen Vorschläge habe ich mich nicht überzeugen können, namentlich darf aus EA DIE nicht IVDICIBVS gemacht werden.

32) Hauptsächlich nach der Formel der lex Rubr. II, 23.: ob e(am) r(em) iudicium recup(eratorium) is quei ibi i(ure) d(icundo) p(raeest) ex h(ac) l(ege) det, und nach Val. Prob.: Quanti Ea Res Erit, Tantae Pecuniae Iudicium Recuperatorium Dabo. — HS. X = sestertium decem millium ist als von iudicium abhängiger Genitiv zu nehmen.

Klagformeln zu verheißen und zu ertheilen; und es mochte namentlich zur Sicherstellung der Grundbesitzer vor Uebergriffen der Commune nicht unzweckmäßig scheinen, den Duumvirn — abgesehen von dem mit der Administration nothwendig verbundenen Coercitionsrecht — die Jurisdiction zu entziehen, die gewissermaßen eine Jurisdiction in eigener Sache war. Fast alle Prozesse, die aus unserm Edict entspringen können, sind ja Prozesse zwischen einzelnen Bürgern und der Commune. — Mit der Angabe des Delicts ist uns auch die Bestimmung verloren gegangen, wer in dem Prozeß als Ankläger aufzutreten berechtigt sei; da man die Magistrate von Venafro doch nicht wohl um jeden derartigen Prozeß nach Rom fordern konnte, mag es geheißen haben: pecuniae qui volet petitio esto. Vielleicht ward auch, wie in dem Prozeß des sogenannten mamilischen Gesetzes (p. 265. Lachm.), die Mult zwischen der Stadt und dem Ankläger getheilt. — Dagegen erfahren wir, wenn auch nur gelegentlich, die Höhe der Mult, indem der Prätor angewiesen wird, gegen den Contravenienten eine certa formula auf 10000 Sesterzen zu ertheilen; was die vorgängige Bestimmung einer multa certa von dieser Höhe für sämmtliche Contraventionsfälle voraussetzt. Zehntausend Sesterzen (1988 Francs nach Letronne) scheint vor der lex Quinctia die regelmäßige Buße, wie in vielen andern Fällen, so namentlich auch für Vergehungen gegen die Wasserordnung gewesen zu sein, z. B. für Verunreinigung des gemeinen

Wassers (Front. 97.) und für Uebergriffe auf den ager vacuus (Front. 127.). — Ziemlich vollständig erhalten sind uns die Anordnungen über das ius und iudicium. Jenes steht dem städtischen Fremdenprätor zu, der auch in Rom vor der Einsetzung der curatores aquarum, wie es scheint (Front. 7., vgl. auch Fest. v. sifus p. 340.), diese Angelegenheiten besorgte und jedenfalls nach deren Einsetzung während der Vacanzen für sie eintrat (Front. 129.). Daß derselbe diese rein municipale Angelegenheit zu entscheiden hatte, ist wichtig für die Feststellung der noch immer so dunklen Competenzverhältnisse der Municipalbeamten iure dicundo und der römischen Gerichtsvorsteher. Verwandt sind die Bestimmungen des rubrischen Gesetzes, das den Municipalbeamten alle Prozesse unter 15000 Sesterzen und außerdem in gewissen Fällen sämmtliche Klagen überweist; ferner des mamilischen, welches den Multprozeß wegen Veränderung der Grenzsteine — und zwar auf eine Summe von 5000 Sest. für jeden *Stein* — *zunächst* dem curator qui hac lege erit (vermuthlich ein außerordentlicher römischer Beamter), in dessen Ermangelung den Municipalmagistraten zutheilt. Unser Edict weicht von beiden ab und zwar zu Gunsten der römischen Behörden; es scheint in der That die beiderseitige Competenz mehr durch eine Reihe singulärer Gesetze als nach allgemeinen Principien festgestellt zu sein. — Daß das iudicium ein recuperatorisches ist, versteht sich, denn jeder Multprozeß, soweit er überhaupt als iudicium privatum behandelt wird, wird von Recuperatoren ent-

schieden [33]). Die Formel war gerichtet auf 10000 Sesterzen, also eine mit certa intentio und certa condemnatio, wenig verschieden von der bei Gai. 4, 46. vorkommenden. — Die Beschränkung der Zahl der gezwungenen Zeugen auf zehn ist auch sonst schon aus dem recuperatorischen Prozeß der lex Mamilia (p. 265. Lachm.) und den Noten des Val. Probus hinreichend bekannt; sie scheint bei allen Prozessen wegen Polizeivergehen Regel gewesen zu sein.

Endlich heißt es am Schlusse:

DVM RECIPERATORVM REIECTIO INTER EVM QVI
65. AGIT ET | EVM QVOCVM AGITVR ITA FI*at ne minus fiant qu*AE [34]) DE PVBLICIS PRIVATIS EA DIE LICEBIT OPORTEBIT.

Die Hauptstelle über die Rejection der Recuperatoren ist die der lex agr. v. 37., welche unzweifelhaft von einem recuperatorischen Gerichte spricht; sie scheint folgendermaßen zu ergänzen: [cos. proco]s pr. prove pr. quo in ious adierint — — [ex ci]vibus L quei classis primae sient XI dato, inde alternos du[mtaxat quaternos is qui petet et is unde petetur reiiciant facito.] Die 50 Recuperatoren wurden decuriirt und für jeden Prozeß eine Decurie gegeben nebst einem Recuperator mehr, damit die Zahl ungleich werde; von diesen elf Richtern konnte jede Partei, und zwar so, daß

33) Gai. 4, 46. tab. Bant. Lat. v. 8. lex Mamil. c. 5. p. 265. Lachm. u. s. f.

34) Meine Abschrift hat ⱽAE; der erste zerstörte Buchstab wird nicht N, sondern V gewesen sein.

immer um einander recusirt ward, bis zu vier verworfen; es blieben sonach mindestens drei, möglicherweise auch fünf, sieben, neun übrig. Dazu paßt es, daß der Recuperatoren gewöhnlich drei sind, selten fünf (Sell Recup. S. 193.), und daß nicht im gemeinen, aber in dem gewillkürten Prozeß eines collegium aquae vielleicht (s. unten) ein recuperator unus communis entscheidet (lex de mag. aq. Z. 18. 20.); indem man nämlich die Rejection noch weiter gehen läßt und alle bis auf einen zu verwerfen gestattet. Vielleicht hängt damit auch zusammen, daß die Formel die Zahl der Recuperatoren nicht fixirt (Gai. 4, 46.) und eben so wenig dies in den Gesetzen geschieht (Rudorff Ztschr. IX, 403.). — Schwieriger ist die Erklärung der Schlußworte. Die Recuperatoren richteten bekanntlich quasi repente apprehensi (Plin. ep. 3, 20.); es steht nichts im Wege, anzunehmen, vielmehr ist es sehr wahrscheinlich, daß sie bei der Rejectio zugegen sein und die Uebrigbleibenden sofort zu Gericht sitzen mußten. War dies der Fall, so konnten sie am Tage der Rejectio andre Geschäfte nicht vornehmen, und wenn sie in einem öffentlichen oder Privatgericht zu thun hatten, mußte entweder dies Gericht oder die Rejection im Recuperatorenprozeß ausgesetzt werden. Regelmäßig ging letzterer wohl als der schnellere und dringendere Prozeß vor. Damit dies im vorliegenden Fall nicht eintrete, wird verordnet, die Rejectio auf einen Tag auszusetzen, wo keiner der Recuperatoren in einem iudicium privatum oder publicum beschäftigt ist, wo also aus diesem Grunde die Vornahme

dessen nicht verhindert wird, was in öffentlichen oder Privatsachen an diesem Tage geschehen kann und soll (ne minus fiant quae de publicis privatis ea die licebit oportebit). Eine ganz verschiedene, aber doch im Motiv verwandte Bestimmung ist die, daß die curatores aquarum von dem Richteramt nicht zu dispensiren seien (ut iudiciis vacent privatis publicisque. Front. 100., vgl. Dio 54, 17.).

Die Zeit der Erlassung unseres Edicts vermag ich nicht genauer zu bestimmen, als daß es von August herrührt. Daß die Prozesse an den Fremdenprätor gewiesen werden und nicht an die seit 743 bestehenden curatores aquarum; daß von der Strafe der lex Quinctia von 745 keine Spur vorkommt und überhaupt eine bestimmte Voraussetzung der im J. 743 über diesen Gegenstand ergangenen Gesetze nirgends anzutreffen ist, läßt auf eine Abfassung vor dem Jahre 743 schließen; obgleich freilich solche Folgerungen aus dem Stillschweigen hier um so bedenklicher sind, als die Beschlüsse von 743 bis 745 in Venafro nur eine analogische Anwendung zuließen. In die ersten stürmischen Jahre Augusts kann die Erbauung des Aquäducts keinenfalls gesetzt werden. Auffallend ist das fast gänzliche Mangeln archaischer Orthographie und das Vorherrschen jüngerer Formen, wie — endus statt — undus, ut, causa u. dgl. m., während die Iulia von 705, die Rubria von c. 712 noch eine durchaus alterthümliche Schreibart zeigen. Der schnelle Wandel derselben unter August ist bemerkenswerth; doch ist es freilich auch möglich, daß das Edict

erst in späterer Zeit in Stein gehauen ward und dabei eine Veränderung der Orthographie stattgefunden hat.

II. Die Interlocutionen im Prozeß der fontani und das Bittschreiben des Adrastus.

Die Erörterung des venafraner Edicts berührt sich in so manchen Beziehungen mit Rudorff's Untersuchungen über die sogenannte lex de magistris aquarum und die interlocutiones in dem Prozeß der fontani (Ztschr. XV, S. 203—272.), daß man es mir wohl gestatten wird, über diese beiden wichtigen Documente noch Einiges mitzutheilen, um so mehr, als ich den Text der letzteren nach eigener sorgfältiger Vergleichung des im Capitolinischen Museum befindlichen Originals mit dem neuesten von Kellermann vig. 15. gegebenen Abdruck in einigen Stellen zu berichtigen im Stande bin. Die von mir bemerkten Varianten sind folgende:

Z. 21. springt etwas vor und beginnt mit einem größeren Buchstaben:

SVAM

INTERIM

Ebendaselbst ist mit Fabretti APVT, nicht mit Kell. APVD zu lesen.

Z. 22. *be*NTVR QVIBVS (...... QV*ibus* Kell., ... QVIBVS Fabr.)

Z. 23. *sione*M IV*r*E CONVENIRI; vor CONVENIRI erkannte Fabretti nichts, Kellermann nur ....F. Rudorff schreibt PEN|*sionibus* CON-

VENIRI, was ich nicht verstehe. — Nach CONVENIRI ist ein leerer Raum zur Bezeichnung des Satzschlusses.

Z. 25. ist statt des sprachwidrigen und den Spuren der Schrift wie der Größe der Lücke nicht entsprechenden IVDICANT zu ergänzen:

restITutianus

IVDICAV*erint* P.P.V.V.

so daß S der ersten Zeile über dem ersten P der zweiten steht. — Restutianus und Restitutianus (Z. 35.) wechselt auf dem Stein, wie auch sonst auf Inschriften öfters Restutus und Restuta für Restitutus und Restituta vorkommt.

Z. 28. VNIVERSI

Z. 29. a. E. DI

Z. 31. EST. ET mit Zwischenraum.

Z. 32. MODESTINVS. QVOT (QV Kell.)

A FLORIANO iuDI (FLORIANO Kell.; DI fehlt)

EXIGI PROHIBV (PROHI Kell.)

RESTITVTI AnVS. (RESTITVI EXVS Kell., der EX für IA las und die Lücke, in der N fehlt, ungebührlich vergrößerte.)

Z. 36. a. E. QVO, nicht QVOD, wie Kell. las.

Den Schluß giebt Kellermann mit größter Genauigkeit; auch das ist richtig, daß die leere Zeile zwischen Z. 38 und 39. nicht radirt ist.

Rudorff hat nachgewiesen, daß der Prozeß, dessen

Akten uns hier zum Theil aufbehalten sind, und bei dem es sich um die Entrichtung gewisser pensiones Seitens der fontani handelt, zu deren Gunsten entschieden ward durch den praefectus vigilum Aelius Florianus im J. 226 unter Severus Alexander; daß die klagende Partei zwar später noch zweimal bei Florianus Amtsnachfolgern, dem bekannten Juristen Herennius Modestinus und dem Faltonius Restitutianus die Sache wieder vorbrachte, aber beide Male, und zwar das letzte Mal am 12. März 244 unter Gordian, mit der Anfechtung einer rechtskräftig gewordenen Entscheidung, wie billig, abgewiesen wurde [35]). — Dagegen bezweifle ich sehr, ob die gewöhnliche, auch von Rudorff festgehaltene Meinung die richtige sei, wonach dieser Prozeß von den fullones gegen die fontani geführt worden. Daß die fontani die Beklagten waren und den Prozeß gewannen, ist aus unsrer Inschrift wie aus der dazugehörigen Marini Arv. p. 556. Ztschr. a. a. O. S. 259.

---

35) Der gerichtliche Sieg der fontani erfolgte also, streng genommen, im Jahre 226, nicht im Jahre 244; daher war es ganz richtig, in dem Danksteine an die Victoria (Ztschr. a. a. O. S. 259.) das erstere Jahr zu nennen, obwohl der Stein von demselben Quinquennalen, der den Stein von 244 aufstellte, also wohl erst im Jahre 244 gesetzt ward. Daß P. Clodius Fortunatus sich auf dem einen Stein quinquennalis perpetuus, auf dem andern bloß quinquennalis nennt, berechtigt nicht, die Steine in verschiedene Jahre zu setzen, da das ehrende Epitheton ja nicht nothwendig überall beigefügt werden mußte. Ich glaube sogar, daß das Fragment eines zweiten Exemplars der Interlocutionen, dessen Existenz Rudorff mit Recht gegen Kellermann in Schutz genommen hat, mit der Victoria-Inschrift zusammengehört.

vollkommen klar; aber wo steht es denn, daß die fullones klagten? Die einzige Stelle, wo sie vorkommen, findet sich in dem Interlocut Modestin's: apud me nullae probationes exhi[be]ntur, quibus doceantur fullones in pen[sione]m iu[r]e conveniri; danach sind also die fullones nicht Kläger, sondern Beklagte, von denen die pensio gefordert wird. Ist dies richtig — und ich sehe nicht, wie man anders suppliren oder erklären kann — so sind die fullones eben dieselben wie die fontani; es ist ein doppelter Name desselben Collegiums, der der fullones wahrscheinlich mehr die vulgäre Bezeichnung, der der fontani die sacrale und solenne; jener entlehnt von dem Geschäfte, dieser von dem Orte oder dem Genius des Ortes, wo das Geschäft betrieben ward, denn die fullonicae werden angelegt circa fontem (l. 3. pr. de aq. et aq. pl. 39, 3.). — Schon Fabretti 333, 498. erkannte aliquam veluti umbram connexionis huius corporis fullonum cum fontanis in folgendem lapis inemendatus et inemendabilis der Villa Mattei (wiederholt aus Fabretti monum. Matt. T. 3. p. 122. n. 20.).

A.V.GTN

FONTI. AVG

M. P. R.

REFECIT. FVLONI

NOS PHILIPPORV

d. h. etwa: (pro salute) Aug(usti) n(ostri) M(arcus) P(omponius) R(estitutus) [oder ein ähnlicher Name] refecit fuloninos (= fullonicas?) Philipporu(m); die

sehr junge und unorthographisch geschriebene Inschrift scheint von dem Werkmeister einer Walkergrube gesetzt, welche der vornehmen Familie der (Marcii?) Philippi gehörte. Zu der Identität der fullones und der fontani paßt es auch sehr wohl, daß auf einem zugleich mit den Interlocutionen gefundenen und offenbar von demselben Collegium herrührenden Stein (Fabr. 332, 495.) die fontani der Minerva Augusta eine Kapelle weihen; denn Minerva war die Schutzgottheit der Walker. Ovid fast. 3, 821. sagt von den Quinquatrien der Minerva (den artificum dies des Kal. Praen.): hanc *cole* qui maculas laesis de vestibus aufers, und eine sehr *alte*, noch jetzt im Rathhaus von Spoleto befindliche Inschrift ist ein der Minerva von den fullones gesetzter Votivstein [36]). — In diesen Zusammenhang gehört es auch, wenn die Minerva mit dem Iupiter Caelestinus, den fontes und dem genius collegii verehrt wird in der Inschrift Orell. 1223.: Iovi optimo maximo caelestino, Fontibus et Minervae et collegio *sanctissimo*, quod consistit in praedis Larci Macedonis in curia

36) Orell. 4091. Ztschr. a. a. O. S. 257. N. 112. Meine Abschrift, die indeß aus einer Zeit herrührt, wo ich erst Inschriften lesen lernte, lautet:

MINERVAE. DC (de collegio?)
FVLLONES
MAGISTRI. QVINQVEI
CVRAVERE
C. FVVLI. C. L. STATIVS
P. OPPI. L. L. PILONICVS
L. MAGNI. L. L. ALAVCVS
PAMPILVS. TVRPILI. T. S (d. i. Titi servus)

Flavius Successus cum suis — möglicherweise auch herrührend von einer Walkerinnung, die ihren Versammlungsort (curia) auf einer Besitzung des Larcius Macedo hatte. Auf den beiden Seitenflächen dieses Steines ist rechts der Flußgott, links Minerva mit der Eule opfernd dargestellt (im Holzschnitt bei Fabretti 430, III.) Sonach erscheint die Minerva im gewissen Sinne auch als Patronin der Quellen und wurde vielleicht aus diesem Grunde bei der Eintheilung der zwölf großen Götter in sechs Paare mit dem Neptun verbunden (Liv. 22, 10.).

Die Beklagte also war in dem vorliegenden Fall die Walkerinnung, welche bei einer Quelle am Esquilin ihre Gruben hatte; es fragt sich, wer der Kläger und was das Klagobject war. Letzteres wird in den Interlocutionen mehrfach bezeichnet als das Recht auf gewisse Gefälle (pensiones), deren Natur nicht ausdrücklich angegeben wird; wohl aber erhellt, daß dieselben in die öffentlichen Kassen flossen, denn aus dem Beweisinterlocut Florians sehen wir, daß die Immunität von denselben nur durch kaiserliches Privileg begründet werden konnte (Z. 9 fg. hoc ex sacra auctoritate descendere, ut pensiones non dependerentur). Es waren also öffentliche Gefälle, und der Kläger in dem Prozeß ohne Zweifel der Fiscus. Aus welchem Rechtsgrunde diese Gefälle gefordert wurden, wird, wie gesagt, nicht ausdrücklich angegeben, wohl aber deuten mehrere Spuren darauf, daß es Abgaben von Grund und Boden waren. So behaupten die Beklagten numquam haec loca pen-

siones pensitasse (Z. 16.); so wird der Streitgegenstand bezeichnet als is locus de quo cum maxime quaeritur (Z. 29.); so nimmt Florianus, der den Streit entschied, eine Localinspection vor (cum in rem praesentem venisset, locum inspexit et universis indiciis examinatis sententiam protulit Z. 26.) und findet den Ort mit Kapellen besetzt (vidi locum dedicatum imaginibus sacris), d. h. Florianus sah die Steine, welche auch auf uns gekommen sind und zugleich mit den Interlocutionen an dem streitigen Orte gefunden wurden: den oben erwähnten Stein, den die fontani der Minerva Aug. im Jahre 57 n. Chr. und den, den sie der Diana *nicht* lange vor dem Jahre 105 gesetzt hatten (Fabrett. 333, 496.)[37]), vielleicht auch noch andre ähnliche — offenbar sind dies die tituli der imagines sacrae, mit denen der streitige Ort geschmückt war. Plinius Beschreibung der Clitumnusquelle (ep. 8, 8. Ztschr. a. a. O. S. 219.): stat Clitumnus ipse amictus ornatusque praetexta — —, sparsa sunt circa sacella complura *totidem*que dei: sua cuique veneratio, suum nomen — veranschaulicht uns die ehemalige Beschaffenheit des römischen Quellheiligthums. Mit Beziehung auf den Gegenstand des Streites endlich nennt sich der Vorsteher der fontani in der Hauptinschrift wohl auch nicht quinquen-

37) Derselben Göttin ist der aricinische Stein eines colleg. lotor. gesetzte, den Spon. misc. p. 64. Fabrett. 435, 19. geben. Dieser scheint ächt, wogegen die übrigen, welche der lotores oder lutores gedenken (Vulpi vet. Lat. VII, p. 97. 211. 224. 225. Spon. misc. p. 64. Gud. 17, 2.) sämmtlich ligorisch sind. Vielleicht sind die lotores auch nichts andres als die fullones.

nalis (perpetuus) collegii fon(tanorum), wie in der verwandten Inschrift Ztschr. S. 259., sondern auffallenderweise huius loci [38]). Es scheint also den fontani für die Benutzung eines Platzes vom Fiscus ein Vectigal abverlangt zu sein; wobei anzunehmen ist, daß der Fiscus den Platz als locus publicus ansah, was die Gegenpartei auch nicht geradezu in Abrede stellte, sondern nur die Immunität und die wenigstens theilweise erfolgte Dedication behauptete. Ist dies richtig, so können wir auch nicht länger in Zweifel sein über die juristische Natur der geforderten pensiones: es war das für Bebauung und Benutzung des öffentlichen Grundes und Bodens zu erlegende solarium, l. 2. §. 17. ne quid in loco publ. 43, 8.: si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur — — si tamen obstet id aedificium publico usui, utique is qui operibus publicis procurat debebit id deponere, aut si non obstet solarium ei imponere. Vgl. l. 7. §. 2. de usufr. 7, 1. l. 17. de pign. act. 13, 7. l. 39. §. 5. de leg. I. 30., und besonders Frontin. 118., wo er sagt, daß

38) Vgl. die Inschrift Fabrett. 333, 497. [ob data sibi provid]entia oder [indulg]entia dominorum n. n. Augg. [Severi — et M. Au]reli Antonini .... (Geta's Name ist getilgt) [et Iuliae Augus]tae matris Aug. (das zweite g getilgt) et cas[trorum] (folgt eine Reihe von Namen, darunter ein Sklave) [posuerunt corporati] collegii huius loci fullo[nes]. Der Stein ist nach Fabretti ad vineam Mandosiam in aggeris extremitate extra veterem portam Collinam, also am Quirinal, nicht am Esquilin gefunden, gehört demnach einem andern, aber dem unsrigen verwandten Collegium. Er fällt in die Jahre 208—212.

die Unterhaltungskosten der familia publica aquaria aufgebracht würden vectigalium reditu ad ius aquarum pertinentium; ea constant ex villis (? cod. oli) aedificiisve, quae sunt circa ductus aut castella aut munera aut lacus. Quem reditum prope HS. CCL alienatum (cod. alientem) et vagum, proximis vero temporibus in Domitiani loculos conversum, iustitia D. Nervae populo restituit, nostra sedulitas ad certam regulam redegit, ut constaret quae essent ad hoc vectigal pertinentia loca. Die ländlichen und städtischen Grundstücke, welche das Aerar allein längs der Wasserleitungen in Folge der Landkäufe bei deren Anlage (c. 128.) besaß, warfen jährlich einen Grundzins ab von 250000 Sesterzen (ungefähr 44,250 Francs) ab, der in die Kasse des römischen Volkes floß und über den Frontin einen neuen Kataster aufnahm [39]). Diese Abgabe wurde zunächst zwar von den auf öffentlichem Grunde erbauten Gebäuden erhoben, aber es ist kein

---

39) Hierauf bezieht sich auch l. 41. D. de a. e. v. 19, 1.: In venditione super annua pensitatione pro aquaeductu infra domum Romae constitutam nihil commemoratum est: deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit, itaque si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habebitur. Die Wasserröhre im Hause kann nicht gemeint sein, da dafür nicht bezahlt ward und dies Recht dem Käufer nicht folgte; auch ist der aquaeductus infra domum offenbar nicht die das Haus speisende Röhre, sondern eine in der Nähe befindliche Leitung, auf deren Gebiet das Gebäude sich erstreckt und hierfür einem vectigal unterliegt. Das vectigal pro aquae forma (l. 27. §. 3. de usf. 7, 1. l. 39. §. 5. de leg. I. 30.) kann sich auf solche praedia vectigalia beziehen, aber auch auf ländliche Grundstücke, die ein dingliches ius aquae ducendae erworben hatten (oben S. 301.).

Zweifel, daß eine anderweitige, den Boden gänzlich occupirende Benutzung, z. B. die Anlage von Walkergruben, völlig in derselben Weise behandelt wurde. Sehr anschaulich werden diese Verhältnisse durch die merkwürdigen Urkunden, die man im Jahre 1777 in Rom in den Trümmern des einst neben der Antoninssäule befindlichen Custodenhäuschens (aedificium custodiae causa columnae centenariae exstructum, I, 30.) noch an ihrer ursprünglichen Stelle eingemauert fand. Den besten Text (Fea fasti p. LXXVII) habe ich mit den jetzt im Vatican befindlichen Originalen verglichen, und gebe in der Anmerkung [40]) die unbedeutenden Varianten; die eine der beiden Urkunden giebt auch Orelli 39. Diese Documente bestehen aus folgenden Stücken:

1. (n. 2. bei Fea; fragmentirt). Bittschreiben des kaiserlichen Freigelassenen [41]) (L. Septimius) Adrastus,

---

40) n. 1) Z. 11. CAETERI| Z. 21. EX. STRVAT| Z. 32. EXSTRVC| Z. 42. CENTENARI^c (so)| Z. 43. I am Schluß fehlt, B vor demselben ist beschädigt.| Z. 44. S am Schluß fehlt.| Z. 45. 46. ADGREDI||ETVR|.

n. 2) Z. 9. ≡IVRIA| Z. 12. D und A a. E. sind unten beschädigt.

41) Augg. nn. lib. heißt er I, 6., dagegen Aug. lib. I, 29. und lib. domini n I, 49; wogegen wieder I, 3. die rationales dominorum nn erwähnt werden (vgl. auch II, 4.) Dies Schwanken zwischen Augustus und Augusti, dominus und domini ist im höchsten Grade auffallend; es muß damit zusammenhängen, daß diese Urkunden aus den ersten Monaten der Regierung Severs herrühren, wo er den Clodius Albinus als Cäsar anerkannte und Münzen mit dessen Namen schlagen ließ (Tillemont hist. des emp. III. p. 26. Eckhel D. N., VII, 161.). Augustus war er freilich nicht; allein es begreift sich, daß die Unterbehörden in Rom unter solchen Verhältnissen schwankten und irrten.

des Aufsehers über die Antoninssäule (procurator columnae centenariae Divorum Marci et Faustinae, vgl. Becker Top. S. 646.), an den Kaiser Sever, um die Erlaubniß, sich neben der Säule auf eigene Kosten ein Haus errichten zu dürfen:

LIBELLVS. L. *septimii Aug. l. Adrasti proc.*
OPERVM. PVBL*icorum a columna Divi Marci*
SCRIPTA [42]) SEVERO *augusto in haec verba:*
DOMINE. PERMITTA*s rogo ut rectius fungar of*
FICIO. MEO. POSCOLV*mnam centenariam divorum*
MARCI. ET. FAVSTINAE *pecunia mea loco publi-*
co PEDIBVS PLVS MINV*s* . . . *aedificium me exs*
*tru*ERE. ET. IN MATRI*culam referri, quod sine*
*in*IVRIA. CVIVSQVA*m fiat* [43]); *et reliqua fieri*
SECVNDVM. LITTERA*as Ael. Achillis Cl. Perpetui*
RATIONALIVM. *tuorum, quas huic libello*
SVBIECI DA*t* . . . . *romae falcone et claro cos.*

Von der kaiserlichen Subscriptio findet sich auf den uns erhaltenen Steinen keine Spur.

2) Diesem Schreiben waren drei Briefe der kaiserlichen rationales Aelius Achilles und Claudius Perpetuus Flavianus Eutychus beigelegt, mit folgender, allen gemeinschaftlicher Ueberschrift:

Exemplaria litterarum rationalium dominorum

---

42) für SCRIPTVS, indem der Schreiber an epistola dachte. So heißt es nachher, exemplaria litterarum pertinentes, und sei permissum sit — prestaturus.

43) Quotiens aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine iniuria cuiusquam fiat. l. 2. §. 10. cf. §. 16. D. ne quid in loco publ. 43, 8.

nn scriptarum, pertinentes ad Adrastum Augg. nn lib., quibus aei permissum sit aedificare loco cannabae a solo iuris sui pecunia sua, prestaturus solarium sicut caeteri.

Der Ausdruck ist möglichst ungeschickt, man sieht aber was gemeint ist: die Erlaubniß, einen Pavillon (canaba) von Grund aus (a solo) zu bauen und diesen im Eigenthum zu haben. — Es folgen die einzelnen Briefe.

3) Schreiben der beiden rationales unterm 6. Aug. 193 an den (servus publicus) Epaphroditus, der mit der Verwaltung des öffentlichen Baumaterials zu thun gehabt haben muß, des Inhalts, daß er dem Adrastus das erforderliche Baumaterial umsonst verabfolgen möge:

Aelius Achilles, Cl. Perpetuus Flavianus Eutychus Epaphrodito suo salutem. — Tegulas omnes et impensa [44]) de casulis item cannabis et aedificiis idoneis adsigna Adrasto, procuratori columnae Divi Marci, ut ad voluptatem suam hospitium sibi exstruat, quod ut habeat sui iuris et ad heredes transmittat. — Litterae datae VIII Idus Aug. Romae Falcone et Claro cos.

Seltsam ist es, daß das für den Neubau nöthige Material nicht aus den Baumagazinen, sondern von den alten Buden, Pavillons und sonstigen ähnlichen Gebäuden genommen werden soll; der Grund mag wohl sein,

44) Für impensam; impensa ist technisch für das gesammte Baumaterial. Frontin. de aquaed. 124. 125.

daß für derartige leichte Gebäude eigene Magazine bestimmt waren, aus denen man sie aufschlug und in welche beim Abbrechen das Material abgeliefert ward.

4) Schreiben derselben rationales unterm 19. Aug. 193 an den Aquilius Felix, dem Abrastus zu dem Dache seines Hauses zehn Fuder Holz aus den kaiserlichen Magazinen zum Einkaufspreise zu liefern. Was das Amt dieses Aquilius Felix war, wird nicht gesagt, wir können es aber ergänzen aus der Inschrift von Antium de Turre mon. vet. Antii p. 1—156., Murat. 1100, 6.: M. Aquilio M. f. Fabia Felici, acensus equit. Roman., praef. cl. pr. Ravennat., proc. patrimoni bis, proc. hered. patrim. privat., proc. oper. publ., praep. vexillat., p(rimo) p(ilari) leg. XI. Cl. Fr., patron. col. ob mer. eius Antiat. publ. Offenbar ist dies derselbe Beamte; man kann nur zweifeln, welchen Posten er im Jahre 193 bekleidete, als die Rationales ihm den obigen Brief schrieben. Ich vermuthe, daß er damals procurator operum *publicorum* war, über welchen Posten Marini Arv. p. 772. zu vergleichen ist; es ist dies meines Wissens die einzige Inschrift, wo dies Amt vorkommt, denn Fabr. 197, 470. ist von Marini richtig anders erklärt worden und Grut. 307. 5. ist falsch. Es scheint ein Beamter gewesen zu sein, der irgend einen Neubau dirigirte; dieser konnte passend angewiesen werden, Bauholz auszuliefern. An ihn als procurator patrimonii kann deßhalb nicht wohl geschrieben sein, weil nach Spart. Sev. 12. dieser Posten erst von Sever, also wohl nach 193 geschaffen ward.

Es ist nicht unwahrscheinlich, daß unser Primipilar Aquilius Felix der Aquilius centurio, notus caedibus senatoriis ist, den Julian zum Mörder des Sever bestimmte (Spart. Iul. 5. Sev. 5. Pesc. 2.) und der, wie man aus Dio 73, 17. schließen kann, wahrscheinlich zum Sever überging; worauf er dann sofort durch einträgliche Procurationen belohnt ward.

Der Brief lautet:

Aelius Achilles, Cl. Perpetuus Flavianus Eutychus Aquilio Felici. — Hadrasto Aug. lib. ad aedificium, quod custodiae causa columnae centenariae pecunia sua exstructurus est, tignorum vehes decem, quanti fisco constiterunt, cum pontem necesse fuit (fuerit?) compingi, petimus dare iubeas. — Litterae datae XIIII Kal. Sept. Romae Falcone et Claro cos.

5) Schreiben derselben rationales, abgegangen unterm 7., empfangen unterm 10. Sept. 193, an Seius Superstes und Fabius Magnus, mit der Bitte, dem Adrastus den Bauplatz anzuweisen, da er nur hierauf warte, um den Bau zu beginnen; den Grundzins werde er wie in ähnlichen Fällen erlegen. — Die beiden Beamten, an die geschrieben wird, können nur die curatores operum et locorum publicorum sein, da es diesen zukam, auf dem gemeinen Boden Ausweisungen für Neubauten vorzunehmen. Grut. 128, 2.: ex auctoritate imp. Caesaris Titi Vespasiani Aug. in loco qui designatus erat per Flavium Sabinum operum publicorum curatorem templum extruxerunt negotiatores fru-

mentari. Grut. 26, 3.: locus adsignatus aedi Opis et Saturni (a) L. Munatio Vero et C. Terentio Felice curat. oper. publ. Grut. 387, 3. de Turre mon. vet. Antii p. 110. 2. §. 17. ne quid in loco p. (oben S. 333.). Vielleicht mußten sie indeß, wenigstens in älterer Zeit, den Senat erst befragen, später wohl den Kaiser. Jenes erhellt aus einer kleinen, wohl ungedruckten Bronzeplatte, mit einem Loch im obern Rande, im Mus. Kircherianum, die in einem römischen Tempel unter irgend einem Weihgeschenke frei gehangen haben muß. Auf der einen Seite steht:

O
S. P. Q. R
D L

auf der andern:

TI. IVLIO
AVG. L
M. NESTORI

(so die mir mitgetheilte Abschrift). D. h.: *senatus* populusque Romanus dedit locum Ti. Iulio Aug. liberto Mnestori.

Der Brief lautet:

Rationales Seio Superstiti et Fabio Magno. — Procurator columna(e) centenarie divi Marci exstruere habitationem in conterminis *locis* iussus opus adgredietur, si auctoritatem vestram acceperit. Petimus igitur aream, quam demonstraverit Adrastus lib. Aug. n., adsignare ei iubeatis, praestaturo secundum exemplum cetero-

rum solarium. — Litterae datae VII Idus Sept. Romae, redditae IIII Idus Sept. Romae isdem cos.

Den langen Excurs, der uns von der Interlocutionsurkunde entfernt hat, zu entschuldigen, will ich mich nicht auf das Recht aller Epigraphiker berufen, vom Hundertsten ins Tausendste zu kommen; das deutliche Bild, welches diese Urkunden uns von dem Rechtsverhältniß des Adrastus gewähren, ist auch für das der fontani von Wichtigkeit. Die rationales scheinen die vermittelnde Behörde zu sein, durch welche der kaiserliche Aufseher sich mit den verschiedenen Stationen, an die er ein Begehren hat, in Verbindung setzt; an den Kaiser kommt die Sache erst, nachdem sie den einzelnen Behörden communicirt ist, welche ohne Zweifel ihre Einwilligung gegeben haben mit Vorbehalt der kaiserlichen Ratification. Die Erlaubniß, am öffentlichen Orte zu bauen, erfolgt von den curatores operum et locum publicorum (oder, wie Ulpian sie bezeichnet, von dem qui operibus publicis procurat), jedoch nur gegen Auflegung eines Grundzinses (solarium), wie dies in allen ähnlichen Fällen geschah; hierauf scheint auch die in der ersten Inschrift vorkommende matricula sich zu beziehen, als das Verzeichniß der mit Grundzins beschwerten Häuser und Plätze. Daraus, daß die Rationalen den curatores operum publicorum bemerken, Adrastus werde das gewöhnliche solarium zahlen, geht mit Wahrscheinlichkeit hervor, daß die Erhebung oder doch die Beaufsichtigung der Erhebung dieser Grundrenten gleichfalls den Cura-

toren oblag [45]). Nach allem diesem zweifle ich nicht, daß in dem Prozeß der fontani diese curatores die Kläger waren und daß sie von der Innung das solarium secundum exemplum ceterorum forderten wegen Benutzung eines locus publicus; da indeß die Kläger nachwiesen, daß seit Augustus Zeit [46]) kein solarium von diesem Platze gezahlt worden, und da der vorgenommene Augenschein ergab, daß sich Götterbilder an dem Orte befanden, der Ort also nicht publicus, sondern sacer, demnach der Grundsteuer nicht unterworfen war, wurden die klagenden Curatoren mit ihrem Anspruch abgewiesen und die siegende Innung errichtete Denk- und Danksteine dem Hercules (dem Schützer des Hauses und Mehrer des Vermögens? oder dem Victor? Rudorff a. a. O. S. 259. A. 118.) und der Victoria.

Noch ist eine Frage unerledigt, die den Juristen sich fast zuerst aufdrängt: wie kommen die praefecti vigilum dazu, in diesem Prozeß als Richter (und zwar offenbar

45) Es ist indeß nicht unwahrscheinlich, daß die vectigalia ad ius aquarum pertinentia (s. oben S. 310.), da sie von den Pertinenzen der Aquäducte erlegt und für die Erhaltungskosten derselben verwandt wurden, nicht behandelt wurden wie die übrigen solaria, sondern an den curator aquarum und dessen Officialen gezahlt und von demselben wieder verausgabt wurden. Doch scheint weder das vectigal des Adrastus noch das der fontani vom Esquilin zu dieser Kategorie der vectigalia ad ius aquarum pertinentia gehört zu haben.

46) Augustus hatte nämlich in Rom den öffentlichen und Privatgrundbesitz aufnehmen lassen (Suet. Oct. 32. loca in urbe publica iuris ambigui possessoribus adiudicavit), wovon sich manche inschriftliche Belege erhalten haben. Grut. 200, 1. 2. 5. 6. Vgl. Burmann de vectig. c. 12. (ed. 1743. p. 203.).

extraordinaria cognitione) aufzutreten? Rudorff, der mit Recht bemerkt (S. 259. A. 117.), daß in der polizeilichen Jurisdiction, die dem praefectus vigilum zusteht, eine Cognition wie die in dem Prozeß der fontani keineswegs enthalten ist, nimmt ein Specialcommissorium an; wobei man sich beruhigen könnte, wenn nicht drei praefecti vigilum nach einander in gleicher Weise von den Parteien angegangen würden, und wenn nicht der letzte derselben offenbar mit einem gewissen Nachdruck erklärte, daß das von den fontani aput suos iudices erhaltene Judicat gelten müsse. Vielleicht findet sich noch ein anderer Ausweg. Die Interlocutionen und die übrigen Inschriften des Collegiums der fontani fanden sich nach Fabretti's Zeugniß auf dem Esquilin ad aggerem Servii pone ecclesiam S. Antonii Abbatis. Ganz in der Nähe dieses Ortes war die Kaserne der zweiten Cohorte der vigiles, was die Topographen (Becker röm. Top. S. 549. Preller Reg. S. 131.) im Allgemeinen schon aus der Notitia schlossen, was aber mit größerer Bestimmtheit hervorgeht aus dem Denkmal, welches diese Cohorte im J. 210 dem Kaiser Caracalla setzte (Smet. 56, 11. Grut. 269, 3. Kell. vig. 4.) und das nach Smetius, der den Stein unmittelbar nach der Auffindung sah, in vinea quadam ad formas aquae Claudiae entdeckt ward. Dies ist die forma Claudiana, die der Anon. Einsiedl. (Becker S. 548.) auf dem Wege von S. Lorenzo nach S. Vito zu (man s. Becker's Plan) links ließ, und zwar nichts andres als die jetzt sogenannte Ruine der

trofei di Mario, welche das Castell einer Wasserleitung und zwar der Claudia ist (Fabretti de aquis p. 25. Becker S. 550.). Daß auch Smetius — worauf es hier allein ankommt — dies Castell der Claudia zuschrieb, sieht man aus 10, 9., wo die Inschrift des nahe bei den trofei di Mario befindlichen Gallienusbogens angesetzt wird ad emissarium aquae Claudiae. Die Quelle unsrer fontani befand sich also in der Nachbarschaft der statio coh. II vigilum; und dies könnte der Grund gewesen sein, weßhalb die praef. vig. die iudices der fontani wurden. Es kommt nämlich hinzu, daß nach Z. 6. der Interlocutionen eine forma a praefecto data die Veranlassung des Prozesses gewesen zu sein scheint, d. h. ein von ihm festgestellter Grundriß. Wenn man annimmt, daß die Quelle der fullones innerhalb der Räumlichkeiten der Kaserne lag, daß eine genaue Aufnahme des ganzen Areals mit Angabe der Eigenthümer und der Grundlasten stattfand, daß auf diesem Wege der Commandant der Wächter dazu kam, *die Immunität* seiner fontani von dem öffentlichen solarium festzustellen, daß die curatores operum et locorum publicorum gegen diese Aufnahme Protest einlegten, so hat es besonders in dieser schon der iudicia ordinaria entwöhnten Zeit nichts Befremdendes, daß der Commandant den Anspruch des Fiscus nach untersuchter Sache und vorgenommener Localinspection zurückweist. De locis sacris et religiosis (sagt Frontin de controv. p. 22. Lachm.) controversiae plurimae nascuntur, quae iure ordinario finiuntur, nisi si de locorum eorum

modo agitur, ut locorum publicorum in montibus aut aedium, quibus secundum instrumentum fines restituuntur; similiter locorum religiosorum, quibus secundum cautiones modus est restituendus. Wenn also der gegenwärtige Streit de loco sacro in Veranlassung einer Grundaufnahme geführt ward, war es den Rechten angemessen, daß hier nicht iure ordinario, sondern extra ordinem, nöthigenfalls mit Zuziehung Sachverständiger, prozessirt wurde.

III. Die lex des collegium aquae.

Von der sogenannten lex de magistris aquarum hat Rudorff mit völliger Evidenz dargethan, daß sie keine lex publica p. R. ist, sondern eine lex collegii aus der augusteischen Zeit, die für uns besonders interessant ist, weil sie uns einen durch die Autonomie der Collegien geschaffenen, dem öffentlichen Recuperatorenprozeß nachgebildeten Prozeß vor, ich möchte sagen, Privatrecuperatoren erkennen läßt. Darin scheint mir Rudorff indeß zu weit zu gehen, wenn er diese lex collegii den leges publicae juristisch gleichstellt, den Magistri ein Imperium zuschreibt (S. 225.), ja sogar annimmt, daß die Execution der auf Grund dieses Gesetzes erkannten Strafen dem Prätor obgelegen habe (S. 272.); ich glaube vielmehr, daß diese lex privata einer ganz andern Rechtssphäre angehört, als in der die leges publicae maßgebend sind. Innerhalb der res publica collegii kann den Magistri Imperium und Jurisdiction beigelegt werden, aber in der res publica po-

puli Romani waren sie privati und die Erkenntnisse der von ihnen eingesetzten Richter im besten Falle nichts als die compromissarisch bestimmter Schiedsmänner, so daß als Zwangsmittel nur dasjenige gedacht werden kann, was in der Autonomie des Collegiums gegeben war: Ausschluß von den Ehren und Vortheilen und äußersten Falls aus der Innung selbst — [ma]g. ni esto nive suffragium inito — droht das Gesetz selbst Z. 7. Das ist insofern wichtig, als man danach den Recuperatorenprozeß dieses Collegiums als eine Nachbildung des gemeinen, nicht als eine unmittelbare Uebertragung desselben zu betrachten hat. — Dies Collegium nennt sich selbst Z. 3. conlegium aquae; Rudorff hat richtig darin ein Collegium der fontani erkannt, wie deren auf jüngeren Inschriften mehrere vorkommen, wovon Rudorff a. a. O. S. 223. die Beispiele gesammelt hat. Die sacrale Bedeutung des Collegiums bestreite ich nicht; allein es geht aus den früheren Untersuchungen hervor, daß sie nicht die einzige *und nicht die* hauptsächliche, sondern die Innung zunächst eine Walkergilde war. Hierfür geben eine erwünschte Bestätigung die Worte dieser lex collegii Z. 14. nive cretulentum exegisse velit, nisi in duabus lacunis prius emet....; ohne Zweifel richtig hat Rudorff in dem cretulentum das Kreidegeld, in den lacunae die Walkergruben [47]) erkannt, und wenn auch die Beziehungen dieser Worte

47) Pallad. 1, 30. vom Ententeich: si desit fluvius, lacuna formetur.

nicht ganz klar sind [48]), so passen sie doch vortrefflich zu der Annahme, daß uns hier eine lex collegii fullonum vorliegt.

Bei der Restitution des Einzelnen kommt alles darauf an, die Breite des Steins approximativ zu bestimmen. Rudorff a. a. O. S. 206. meint, daß fast der dritte Theil fehle; ich glaube, es fehlt viel mehr, zunächst aus dem äußeren Grunde, daß die Kapitel unsrer lex so sehr wenige Zeilen einnehmen — so folgen Z. 10 bis 13. vier Zeilen auf einander, deren jede ein ganzes Kapitel ausmachte. Ist es wahrscheinlich, daß in einem römischen Gesetze vier Kapitel, von 10—12 Wörtern jedes, auf einander folgten? — Das mißliche Argument aus dem Maximum und Minimum einzelner, sicher zu restituirender Zeilen will ich lieber bei Seite lassen, zumal da nirgends bekannte Formeln durch zwei Zeilen durchgehen und ich eine den Worten nach sichere Restitution für keine einzige Zeile anzugeben wüßte (vgl. unten zu Z. 5.). Aber wenn man beachtet, wie fast regelmäßig in jeder neuen Zeile ein anderer Gegenstand und eine andre Form der Periode erscheint, wird man mir Recht geben, wenn ich es ausspreche, daß von diesem

48) EMET ist sprachlich (es müßte EMERIT heißen) und sachlich ganz unerträglich und gewiß corrupt; vielleicht stand EMIT*tat* (aquam) oder dgl. Das cretulentum könnte eine Abgabe der Collegiati an den Magister sein, der die Kreide lieferte und dafür einen erhöhten Preis erhielt; dafür mußte er aber aus den beiden Gruben der Zunft das schmutzige Wasser fortschaffen, und durfte, ehe er dies gethan, kein Kreidegeld fordern. Doch dies alles ist sehr unsicher.

Gesetze leicht zwei- oder dreimal so viel in jeder Zeile verloren sein kann, als wir davon besitzen. Darum halte ich es auch für höchst bedenklich, wenn die epigraphische Kritik, die ihrer Natur nach fast immer auf homöopathische Kuren angewiesen ist, um in die verschiedenen Zeilen Zusammenhang zu bringen, so starke Mittel braucht, wie z. B. die Veränderung von QVOD. QVIDQVID Z. 4. in Q. Q. Q. = quinquennalitem quae, wobei überdieß noch die Zulässigkeit beider Siglen (Q. Q. für quinquennalitas statt quinquennalis und Q. für quae statt que) gegründetem Zweifel unterliegt. Ich werde mich auf einige vereinzelte Bemerkungen beschränken, wie die geringen Ueberreste einerseits und die sorgfältige Behandlung, die sie gefunden haben, andrerseits sie mir gestatten.

Z. 3. paticabulum hat Rudorff S. 236. gewiß richtig von patere abgeleitet, einem offnen Raume verstanden; man kann noch damit vergleichen, daß die Göttin Panda bei Arnob. 4, 7. Pantica heißt. Welcher offene Raum gemeint sei, steht dahin; am nächsten liegt der ganze freie Platz um die Quelle, auf dem die Votivsteine mit den imagines sacrae standen und die Gruben angelegt waren, um welche für die Arbeiter Raum sein mußte. Dann hat auch das intra paticabulum eine natürliche Beziehung, es soll der Eid geschworen werden auf der Domäne, innerhalb der Grenzen der Innung. Für einen Hypäthraltempel oder einen Tempel mit Porticus werden die Walker sich schwerlich den kostbaren Platz abgemüßigt haben. — Wenn die Schluß-

worte von Z. 3. quo die mag....., wie ich mit Rudorff annehme, auf einen Eid gehen, wird es eher der sein, welcher geschworen wird, quo die mag. (abibit) als quo die mag. (cepit), weil der letztere in den ersten fünf Tagen nach dem Amtsantritt geschworen zu werden pflegte, der erstere dagegen im Moment der Niederlegung des Amtes.

Z. 4. quidquid penus sese venit verstehe ich nicht, weiß auch nicht einmal, ob venit hier = venum it oder = pervenit sein soll; aber keinenfalls möchte ich mit Rudorff penus in tenus ändern und damit eine Form aus der Hand geben, die das grammatisch so räthselhafte penes aufklärt. Wie maxumus, Venerus, Cererus ältere Formen sind für maximus, Veneris, Cereris, wie im Oskischen das us im nom. sing. 2. decl. in is, in griechischer Schrift ες, übergeht, so ist auch penes entstanden aus penus; und wie dessen Correlat tenus eigentlich Accusativ eines neutralen Substantivs (tenus, tenŏris = Strick) ist und capite tenus wörtlich heißt: zum Kopfe der Ausdehnung nach (Pott etym. Forsch. 1, 96. 254. 2, 610.), so ist penus nichts andres als der Accusativ des bekannten neutralen Substantivs und bedeutet wörtlich: der Innerlichkeit nach. Vgl. auch intus und subtus.

Z. 5. [neque adversus h.] l. fecisse scientem d. m. in suo magisterio suosque prohibuisse [ne quis adversus h. l. faceret sciens d. m.] scheinen Worte aus dem Eide des abgehenden Magister; wie sehr viel fehlt, sieht man hier recht deutlich.

Z. 8. 9. Die Excusationen der Z. 8. beziehen sich auf eine Versammlung der ganzen Innung zu irgend einem Zwecke — zur Wahl der Magistrate, meint Rudorff; eher wohl zur Abnahme des Eides der abgehenden magistri, wodurch wir uns enger anschließen theils an das Vorhergehende, theils an die folgenden Worte: idcirco nihilominus deieratio esto. Wie sacra detestari heißt, die Sacra von sich abzeugen, so wird deierare technisch geheißen haben, (das Amt) von sich abschwören, das Amt eidlich niederlegen. — Die *Denuntiation* Z. 11. wird die Anzeige sein von der Abwesenheit *eines* Mitgliedes bei dieser Eidesleistung des abgehenden *Magister*, wozu jedes Mitglied der Innung verpflichtet war.

Z. 15. denuntiamino ist meines Wissens das einzige Beispiel für den passiven Gebrauch dieser alten 3 sing. imperat., die sonst wohl nur von Deponentien vorkommt (famino, fruimino, profitemino); es ist = denuntiator oder denuntietur.

Z. 18. Rudorff S. 268. verwirft *die bisherige* Annahme, daß nach unserm Gesetz ein einzelnstehender Recuperator die Prozesse entscheiden solle; der recuperator unus communis soll einer der Recuperatoren sein, bei dem die übrigen zusammenkommen und schwören. Es ist indeß nicht nachgewiesen, wie communis zu dieser Bedeutung komme; gemeinschaftlich ist wohl der gewählte Richter beiden Parteien, aber nicht der, in dessen Hause geschworen wird, den Mitschwörern. Vielmehr scheint mir der recuperator unus um so mehr mit bestimmter Beziehung auf den iudex unus gesagt zu sein,

als es nachher in Z. 20. heißt: ita uti s. s. e. multa esto recuperatore uno, d. h. es soll der Multprozeß wie angegeben stattfinden und zwar mit einem Recuperator [49]). In wie fern ein solcher denkbarer Weise vorkommen kann, ward schon S. 324. bemerkt. Ich verkenne indeß keineswegs, daß aus Z. 22. auf ein Collegium der Richter geschlossen werden muß: ...tuis rem iudicanto; ni ita iudicarint u. s. w.; es scheinen die verschiedenen Fragmente nicht auf denselben Prozeß sich zu beziehen, vielleicht ward die Hauptsache durch mehrere Recuperatoren entschieden, die Incidenzmulten bei dem recuperator unus communis eingeklagt. Das nur hier vorkommende iniurare Z. 17. nehme ich (mit Rudorff S. 267. A. 133.) nicht = non iurare, sondern = einschwören und beziehe es auf den Richtereid: [cui quibusve iurisdictio] erit [50]) ex h. l., magister magistrive, iudicium danto qui iniuraverit [51]) [recuperatores recuperatoremve ita uti s. s. e.] — einen oder mehrere eingeschworne Richter. — Dagegen scheint der Eid in Z. 18.: ...ris recuperatorem unum communem adeunto simulque iuranto der von dem Kläger wie vom

---

49) Der Stein fährt fort quotque (= quodque)..... Rudorff's Aenderung recuperatore unoquoque ist mir nicht wahrscheinlich; man würde im Curialstil erwarten in singulos recuperatores.

50) [si quis petere volu]erit, wie Rudorff ergänzt, ist wohl nicht zulässig; es müßte volet heißen.

51) Nicht iniuraverint, nach der Regel des älteren Curialstils, daß, wenn ein Relativsatz auf mehrere Subjekte, und zwar auf ein jedes einzelne ganz bezogen wird, das Relativ im Singular steht. Meine unterital. Dial. S. 120. Anm. 6.

Beklagten auch im Civilprozeß, aber freilich in iure, nicht in iudicio (Gai. IV, 172. 176. 179.), sich einander zu leistende Calumnieneid zu sein.

Z. 21. ergänzt Rudorff, indem er sibi der Abschrift in si ibi verbessert: isque si [i]bi testium causa esse dicet, magis(ter) quam [primum facito iudicetur]. Mehr als an der leichten Verbesserung nehme ich Anstoß an der Abkürzung magis. für magister und an der Uebersetzung von si testium causa ibi esse dicet = wenn der Kläger die Zeugen zusammen hat und sie vorzuführen bereit ist (S. 269.). Sollte Jemand etwa meinen, daß sich dieser Satz auf die dem Ankläger zur Beschaffung der Zeugnisse zu gestattende Frist bezieht: isque sibi testium causa esse dicet magis quam [.... diebus opus], so würde diese Hypothese nicht bloß an der Verschränkung der Worte, sondern vor allem an dem unerhörten magis für plus scheitern. In der einzigen Stelle Cic. Rosc. Am. 14., auf die man sich hier zu berufen pflegt, ist jetzt die handschriftliche Lesart annos natus maior (statt magis) quadraginta mit Recht wiederhergestellt.

Z. 23. Warum esse in sese zu ändern ist (Rudorff S. 264.) sehe ich nicht ein. Man könnte Rudorff's Ergänzung sehr wohl auch so ausdrücken: [caecum se iura]to esse, ita gnatum esse. Solche coordinirte Sätze finden sich im alterthümlichen Stil öfters, z. B. tribunus militum legionibus quattuor primis, aliqua earum und consilio, maiori parti satisfacere

in der lex repetundarum; duarum rerum alterius utrius causa Cato ap. Prisc. 5, 668.

IV. Die lex Iulia de collegiis und die lanuvinische lex collegii salutaris.

Die Untersuchungen über das Associationsrecht bei den Römern und dessen Beschränkungen in der Kaiserzeit, welche auch für die im vorigen Abschnitt erörterte lex collegii aquae von Bedeutung sind (Rudorff S. 213.), hier wieder aufzunehmen, veranlaßt mich ein neues Document, das für diese Frage von größter Wichtigkeit ist, und die Textberichtigung eines schon früher bekannten.

In einer Vigna zwischen porta Latina und porta S. Sebastiana, in der Nähe der Scipionengräber und der beiden von O. Jahn im specimen epigraphicum herausgegebenen Columbarien aus augusteischer Zeit, wurde im Frühjahr 1847 vom Cav. Campana ein drittes Columbarium entdeckt, das etwa 400 Inschriften enthielt, welche von der letzten Zeit der Republik bis auf die Zeiten Domitians hinabgehen; die eine nennt die cos. suff. von 762 Ser. Lentulus Maluginensis Q. Iunius Blaesus, eine zweite besagt, daß das Paviment erneuert ward von einem gewissen C. Memmius und einem Freigelassenen des Sextus Pompejus [51]). Die wichtigste von allen Inschriften ist aber vielleicht folgende, über die ich im Bullett. 1847. p. 50. einiges mitgetheilt habe; gedruckt ist sie noch nicht:

---

51) S. Henzen im Bullett. 1847 p. 49 sg.

DIS MANIBVS
COLLEGIO SYMPHONIA
CORVM QVI SACRIS PVB
LICIS PRAESTV (sic) SVNT QVIBVS
SENATVS C. C. C. PERMISIT E
LEGE IVLIA EX AVCTORITATE
AVG LVDORVM CAVSA

Für die Minutien kann ich nicht einstehen; in allem Wesentlichen aber ist die Abschrift vollkommen zuverlässig. — Das collegium symphoniacorum qui sacris publicis praestu sunt kommt unter diesem Namen sonst nicht vor, ist aber offenbar identisch mit dem collegium tibicinum et fidicinum Romanorum qui s. p. p. s. (Grut. 175, 10. besser als Orell. 2448. aus dem Jahre 111. n. Chr. wie es scheint)[52]) und den tibicines Romani qui sacris public. praest. sunt (Grut. 269, 2. aus dem Jahre 200 n. Chr.); es ist die Musikantengilde, von deren Erzürnung, Auszug nach Tibur und komischer Rückfahrt die bekannte ergötzliche Geschichte aus dem Jahre d. St. 443 handelt (Liv. 9, 30.)[53]). — Daß, als

52) Der Inschrift Orelli 1803.: numini domus Augustorum; Victoriae sacrum: genio collegi tibicinum Romanorum q. s. p. p. s. A. Tuccius q. q. II s. p. d. d. (Reines. 1, 167. aus Raph. Volaterranus) traue ich nicht recht; sie kann der im Text erwähnten nachgefälscht sein.

53) Sie sind nicht zu verwechseln mit den tubicines sacrorum, denen die Feier der Tubilustrien oblag Varro V, 117.: tubae a tubis quos etiam nunc ita appellant tubicines sacrorum. Fest. p. 352. Tubicines (so schrieb Urs., und die alphabetische Ordnung erheischt es) etiam hi appellantur qui sacerdotes viri speciosi publice sacra faciunt tubarum lustrandarum gratia.

Cäsar cuncta collegia praeter antiquitus constituta distraxit (Suet. Caes. 42.) und als August collegia praeter antiqua et legitima dissolvit (Suet. Octav. 32.), die Genossenschaft der Pfeifer unter die ausgenommenen gehörte, konnten wir vermuthen; unsre Inschrift bestätigt und detaillirt es uns mit folgenden Worten: quibus senatus c(oire) c(onvocari) c(ogi) [54]) permisit e lege Iulia ex auctoritate Aug. [55]) ludorum causa. Offenbar ist dies eine vollständigere Gestalt der Formel, die sonst lautet: quibus ex Senatus consulto coire permissum est oder ähnlich (meine colleg. p. 80.); hinzugefügt ist hier dreierlei, was sonst der Kürze halber wegblieb. Einmal das Motiv, weßhalb der Genossenschaft das Associationsrecht blieb: ludorum causa. Daß bei den ludi scaenici die tibiae eine große Rolle spielten, ist bekannt, und auch bei den ludi andrer Art mag es an Pfeifen und Saitenspiel nicht gefehlt haben. — Zweitens, daß der Senat die Concession nicht selbstständig

---

Daß dies keine Musiker waren, sondern viri speciosi, bestätigen die wenigen Inschriften (und zwar sämmtlich aus der ersten Kaiserzeit), welche ihrer gedenken: so die des L. Arrius Salanus (Orell. 3876., von mir in Mola di Gaeta gesehen) TVB. SAC. P. R und die des Q. Atatinus Modestus (Gud. 108, 1. Fabrett. 607, 59. Murat. 184, 2.) TVBICINI. SACRORV, welche beide römische Officiersposten und in ihrer Heimath die höchsten Municipalämter bekleideten.

54) Die Noten C. C. C können hier natürlich nicht bedeuten cum consilio collocutus; meine Erklärung entnehme ich dem Kal. Praenest. unterm 3. Jan.: *dies quibus senat*VS. COIRE. CONVOC*aRE* (sic). COGI. POTEST (nach dem Original).

55) Es fehlt zwar eine Ecke des Steins, doch, wie es scheint, nichts von der Schrift. Sonst müßte ergänzt werden [divi] Aug.

ertheilte, sondern nach eingeholtem kaiserlichen Consens (ex auctoritate Augusti), was wir bisher nicht wußten. — Drittens, daß der Senat die Bestätigung ertheilte auf Grund des julischen Gesetzes, welches kein andres sein kann, als das Gesetz über die Associationen von Cäsar oder wahrscheinlicher von August, denn ohne Zweifel berief man sich doch auf die neueste Ordnung. Die Regelung des Associationswesens durch August ist bekannt aus Sueton a. a. O.; daß sie in Form einer lex Iulia (de collegiis) stattfand, lernen wir jetzt.

Hierdurch wird dasjenige berichtigt, was in meiner Schrift de colleg. p. 80. 81. aufgestellt ward über die Associationsordnung Augusts. Ich hielt sie für ein Senatusconsult, verleitet theils durch die lanuvinische Collegienordnung, wovon später, theils durch einige Pandektenstellen, l. 1. §. 1. de colleg. XLVII, 22.: dum tamen per hoc non fiat contra SCtum, quo illicita collegia arcentur. l. 3. §. 1. eod.: nisi ex SCti auctoritate vel Caesaris (vielleicht: ex SC*to auctoritate*ve Caesaris) collegium — coierit, contra SCtum et mandata et constitutiones collegium celebrant. Es scheint mir noch immer hieraus zu folgen, daß Marcian ein Senatusconsult kannte, das das gesammte Associationswesen regelte; allein es kann dies nur ein Beschluß des Senats aus späterer Zeit gewesen sein, da, wie wir jetzt sehen, August die allgemeinen Principien durch eine lex feststellte und den Senat nur beauftragte, auf Grund dieses Gesetzes die einzelnen Exemtionen nach eingeholter kaiserlicher Bewilligung zu ertheilen. Das

Senatusconsult, das in den Formeln quibus ex SCto coire licet erwähnt, ist also kein generelles, wie ich früher behauptet habe, sondern ein besondres für die betreffende Innung abgefaßtes, ein Privilegium.

Die Ordnung des lanuvinischen collegium salutare vom 2. Jan. 133 n. Chr., die ein für das römische Associationsrecht sehr wichtiges Kaput ex S. C. p. R. enthält, war bisher nur bekannt in dem von Ratti gegebenen Texte, und eine neue Vergleichung dringend nothwendig. Ich habe den Stein im Jahre 1847 in Civita-Lavigna in casa Frezza mit meinem Freunde Henzen genau untersucht und mit dem Abdruck in meiner Schrift de collegiis collationirt; wobei sich nicht unwesentliche Berichtigungen ergaben. Diejenigen davon, die für das Verständniß von Einfluß sind, sollen hier mitgetheilt werden, wogegen die inschriftlichen Minutien, Puncte, Accente und dergleichen Erfordernisse der epigraphischen Etikette einer neuen Ausgabe mögen vorbehalten bleiben. Von der in viele kleine Stücke zertrümmerten Tafel haben sich auch noch einige kleine Fragmente vorgefunden, die bei Ratti fehlen und die zum Theil sich an ihren Ort einfügen lassen. Nicht unterzubringen weiß ich folgende drei Bruchstücke:

LA der ersten Zeile angehörig.

A·CORI
AERISC

LEI

Zu der Ueberschrift und der Einleitung I, 1—9. bemerke ich nur, daß hinter VSVM Z. 4. in der That ein leerer Raum sich findet. — Dagegen zu dem Senatus-

consult I, 10—13. gehört noch folgendes Bruchstück die Anfänge von Z. 11. 12. 13. enthaltend:



Ferner hat der Stein statt des sinnlosen RA. IN. II. COLLEGIVM Z. 12. vielmehr PA. IN. IT. COLLEGIVM. (vgl. QVIT 1, 28.). — Hierdurch wird sowohl meine Correctur *funer*A. II. IN. COLLEGIVM, als auch die von Huschke (Ztschr. XII, 210.): *ult*RA. IN. I. (= unum) COLLEGIVM beseitigt, wie sie denn auch in der That beide nichts taugten. Das neue, die Zeilenanfänge enthaltende Fragment bestätigt dagegen durchaus meine Supplemente, welche allerdings in Z. 12. 13. nicht zu verfehlen waren; QVID... als Kapitelanfang ist wichtig, weil Huschke a. a. O. dafür tenuiorib. vorschlug. Dieser Abschnitt lautet demnach:

> Kaput ex S. C. p. R., quib[us coire co]nvenire collegiumq. habere liceat. Qui *stipem menstruam* conferre volen[t in fune]ra, in it collegium coeant neq. sub specie eius collegi nisi semel in mense c[oeant con]ferendi causa, unde defuncti sepeliantur.

Ist dies nun ein Auszug aus dem speciell für das lanuvinische Collegium erwirkten Senatsbeschluß, oder aus einem Senatusconsult, welches das ganze Associationswesen regelte? Die beiden von mir für die letzte Auffassung angeführten Gründe scheinen mir auch jetzt noch entscheidend: daß im ersten Fall man nicht einen

Auszug, sondern das Datum und den ganzen Text des Senatsbeschlusses der Collegienordnung einverleibt haben würde, und daß die Worte quib[us coire co]nvenire collegiumq. habere liceat, mag man sie nun grammatisch mit ex S. C. verbinden oder absolut fassen, für ein specielles Privileg durchaus ungeeignet sind und direct hinweisen auf ein Gesetz allgemeineren Inhalts. Demnach scheint mir die Sache so aufzufassen. Neben der lex Iulia de collegiis und den auf ihr beruhenden speciellen Exemtionen durch Senatusconsulte stand ein in der Epoche zwischen August und Hadrian entstandenes Senatusconsult, welches die collegia funeraticia im Allgemeinen von dem Verbot der lex Iulia eximirte; letzterem gehört unser Kaput ex S. C. an und dasselbe hat Marcian im Sinn, wogegen bei den Collegien, quibus ex SC. coire permissum est, an specielle Senatsbeschlüsse zu denken ist. Daher mag es auch kommen, daß letztere Formel sich meines Wissens ausschließlich bei Handwerkerinnungen findet (s. meine colleg. p. 80.), welche nicht, wenigstens nicht zunächst, Sterbekassen waren und, da sie somit auf die generelle Exemtion der collegia funeraticia keinen Anspruch hatten, eines speciellen Privilegs bedurften. Die zahlreichen Collegien dagegen, die ihren Namen von irgend einem Schutzpatron entlehnen, wie unser collegium Dianae et Antinoi, erwähnen, so viel ich weiß, nie einer besonderen Berechtigung durch ein Senatusconsult, ohne Zweifel weil sie größtentheils Todtengilden waren und also schon nach gemeinem Recht die Associationsbefugniß besaßen. So

finden sich z. B. in Venafro eine Reihe Collegieninschriften, die theils durch die Angabe des zur Grabstätte dienenden Raumes, theils selbst durch ein voraufgeschicktes D. M. S. sich ankündigen als Inschriften der gemeinschaftlichen Grabstätten von Leichengilden, z. B. die S. 297. erwähnte: D. M. s. Cultores collegi Promes; ferner D. M. s. Cultoribus Saturni. In fr. u. s. w. (Mur. 181, 2.); amicitiae Herculis Neriani (Cotugno p. 301.) oder Herculaniorum Nervianiorum (Cotugno p. 290.); und gewiß gehören auch die verwandten Inschriften collegium cultorum Bonae Deae caelestis (Mur. 181, 9.) und cult. Iovis cae(*lestis*) (Cotugno p. 91.) in diese Kategorie. Inschriften endlich wie collegio familiae publicae (oben S. 297.) und cultorib. fabrorum locus d(atus) a M. Fulvio Marcello (Mur. 182, 3.) sind zwar nicht von Gottheiten benannt, aber es ist bei der zweiten offenbar, bei der ersten wahrscheinlich, daß sie gleichfalls auf Sterbekassen sich beziehen und nur den Namen anderswoher entlehnen. Wie technisch das Wort cultores (vgl. auch Forcell. s. v.), das auch in der lanuvinischen Ordnung I, 3. die Associirten der Sterbekasse bezeichnet, in dieser Bedeutung geworden war, zeigt das seltsame cultoribus fabrorum des letzterwähnten Steines.

Den folgenden Abschnitt I, 14—17. hat Ratti nicht treu wiedergegeben und überdieß zwei kleine, hier einzufügende Bruchstücke weggelassen; ich gebe den Text, indem ich zur sicheren Bezeichnung der Größe der Lücken die über einander stehenden Buchstaben in den verschie-

denen Zeilen durch punctirte Linien verbinde.

14. *quod bonum fa*VSTVM *fe*LIX SALVTAREQ. SIT. IMP. CAESARI. TRAIANO HADRIANO. AVG. TOTIVSQVE

15. *do*MVS *aug*. NOBIS *n*OSTRIS. COLLEGIOQ. NOSTRO. ET. BENE. ADQVE. INDVSTRIE. CONTRAXERIMVS VT

16. *e*XITVS *defu*NCTORVM. HONESTE. PROSEQVAMVR ITAQ. BENE. CONFERENDO. VNIVERSI CONSENTIRE

17. DEBEMVS. V*t longo*. TEMPORE. INVETERESCERE. POSSIMVS

INTRARE. VOLES *p*RIVS

In Z. 14. habe ich das kleine Fragment eingeschaltet:

/STV

in Z. 15. 16. ein anderes:

VOBIS

VCTOR

ISI

Z. 16. nach exitus hat meine Abschrift LI, Reste von DE. Die Rede wird concinner durch die Einschaltung von nobis und durch defunctorum statt eorum. — Daß in den folgenden Zeilen Ratti einige freilich unzweifelhafte Ergänzungen nicht angezeigt hat (Z. 18. VOLES *p*RIVS, Z. 19. CONTROVERSIAM,

Z. 20. *placuit*, Z. 21. *vini*, Z. 23. *testamentum*, Z. 24 *pariatus*), ist von geringer Bedeutung. Wichtiger ist, daß in den Worten QVISQVIS MENSIB. CONTINENTER. NON. PARIAVERIT, woran Huschke a. a. O. S. 210. A. 36. mit Recht Anstoß nahm, der Stein bloß hat CONTIN..... NON, d. h. CONTINuis ii; wer zwei (oder wie viel man sonst will) Monate nicht zahlt, verliert sein Funeraticium. — Dies beträgt nicht, wie Ratti Z. 24. las, HS. CCCC. N, sondern nur HS. CCC. N, wodurch sich das Verhältniß der Rente (monatlich 5 Asse, jährlich 15 Sesterzen) zu der beim Todesfall zu zahlenden Summe statt auf $3\frac{3}{4}$. pC. (meine Abh. S. 99.) einfacher auf 5 pC. (*usurae* quincunces) stellt. Ein andrer Fehler in den Zahlen findet sich Z. 25.: ex qua summa decedent exequiari nomine HS. L. n. (nicht HS. I. N.); also 50 Sesterzen, nicht ein Sesterz für jedes Mitglied, das beim Leichenbegängniß erschien. Offenbar ist es auch weit angemessener, von dem Funeraticium ein Fixum abzuziehen, das die Erscheinenden sich theilen, als eine im Voraus ganz unberechenbare Summe.

In den letzten Zeilen der ersten Colonne 28—33. sind zum Theil durch meine Schuld die Lücken unrichtig angegeben. Z. 30. 31. sind am Ende vollständig; Z. 32. a. E. fehlen 5—6 Buchstaben, zu Anfang von Z. 29—33. fehlen 11—12 Buchstaben. Ich werde hiernach eine verbesserte Ergänzung geben, wobei ich die von Huschke a. a. O. S. 216. vorgeschlagene, durchaus nothwendige Aenderung meiner früheren Restitution von Z. 33. so wie das amplius Z. 31. aufnehme.

26. | Item placuit: quisquis a municipio ultra milliar. XX decesserit et nuntiatum fuerit, eo exire
27. debebunt | electi ex corpore n(ostro) homines tres, qui funeris eius curam agant et rationem
28. populo reddere debebunt | sine dolo malo; et si quit in eis fraudis causa inventum fuerit, eis
29. multa esto quadruplum. Quibus | [funeraticium] eius dabitur; hoc amplius viatici nomine ultro citro sing. HS. XX n. — Quod si longius
30. | [a municipio su]pra mill. XX decesserit et nuntiari non potuerit, tum is qui eum funera-
31. verit testa|[tor rem tabul]is signatis sigillis civium Romanorum VII, et probata causa fune-
32. raticium eius, sa|[tis dato ampliu]s neminem petiturum, deductis commodis et exequiario, e lege
33. collegi dari | [sibi petito a co]llegio.

Zu der zweiten Columne ist wenig zu bemerken. Z. 1. 2. giebt Ratti NISI. QVI. TESTAMENTO. HERES. NOMINAVERIT, woraus ich NOMINATVS. ERIT machte; der Stein hat: NISI. SIQVIS (nicht NISI. QVI). TESTAMENTO. HERES. NOMINA*tus* ERIT, wo Ratti die Lücke gedankenlos ausfüllte. — INIQVITATAE Z. 4. hat der Stein dagegen wirklich, ein Solöcismus statt iniquitate. — Z. 18. ist vor A. SIGILLIS. ausgefallen IS.

Noch sei es mir erlaubt, gegen Huschke a. a. O. S. 218. in II, 9. 10: quisquis magister — ad cenam faciendam — non observaverit neque fecerit, is arcae inferet HS. XXX. n. [et] insequens eius dare debebit et is eius loco restituere debebit — die Er-

gänzung [et] zu vertheidigen, wofür Huschke aut fordert. Wenn ein Magister nicht für Brot, Wein u. dg. an irgend einem der dies cenarum sorgt, soll er einmal Strafe zahlen, dann aber an seiner Stelle (nicht sein Nachfolger, sondern) der im Album auf ihn folgende für diesen Tag das Nöthige liefern, wogegen an demselben dies cenae des nächsten Jahres der Säumige für seinen Hintermann eintritt. — In Z. 15.: magistri cenarum — q[u]o ordine homines quaterni, ponere debebunt viri boni amphoras singulas u. s. f. hat Huschke die richtige Verbindung gesehen; seine Aenderung quot für quo bestätigt der Stein nicht. Es wird wohl hinter quaterni entweder ausgefallen oder hinzuzudenken sein erunt = in welcher Reihe je vier Menschen liegen, soll je eine Amphora Wein hingestellt werden.

V. Ius Italicum. Ad consilium manumissio. In iure cessio.

Daß in den beiden Inschriften Grut. *541, 8. 542,* 7., von denen A. W. Zumpt in dieser Ztschr. XV, S. 15 fg. wahrscheinlich gemacht, daß sie nicht nach Vienne, sondern nach Wien gehören, das vermeintlich darin erwähnte ius Italicum nicht vorkomme, darin bin ich mit dem erwähnten Bearbeiter derselben einverstanden; weniger indeß mit der von ihm vorgeschlagenen kritischen Abhülfe. Ich setze die Texte mit den Varianten her:

Lips. auct. p. 44. Grut. 542, 7.:

T. F. VERECVND	
MC. EQVES. ALAE	MAG. Gr. EQV≡ALAE Clusius.
I. FLA AVG. BRIT. ∞	
C. R. IVS II ALICI AN	IVSI bezeichnet Lips. als unsicher. IVR. ITALICI Gr.
XXXX. S. XIX. ISES. PRO	L. SES Lips. am Rande.
¬R. PRISCINVS. VEX	FR. PRISCINVS Clus.
FINCENVS. HERED	ET. INGENVS Gr.

Lips. l. c. Grut. 541, 8.

T. FL. BARSI. V	
ETER. ALAE. FEL	ALAE. I. FL Gr.
AVG. BRIT	
∞. C. R. LICI	
MEMOR. FR	
ATRI. SVO. POSIT	

Es sind dies zwei offenbar gleichzeitige Grabschriften zweier equites alae primae Flaviae Augustae Britannicae milliariae civium Romanorum; eine Reiterabtheilung, die Zumpt sonst nicht nachzuweisen vermochte, welche indeß als ala prima Flavia civium R. auf der Inschrift ihres Präfecten C. Sagurus C. f. Clu. Priscus Mur. 741, 6. = 1122, 4. vorkommt. Zumpt giebt ihr noch zwei andere Beinamen, indem er IVS II ALICI oder IVR. ITALICI verbessert in INGENUO-*rum* ITALICorum und LICI in INGENuorum. Daß diese Emendationen bei einer von kundigen Händen in ziemlich übereinstimmender Weise copirten Inschrift mehr als verwegen sind und überdieß paläographisch sich wenig empfeh-

len, lehrt der Augenschein; noch bedenklicher aber ist es, daß meines Wissens an keiner einzigen Stelle irgend eine Militärabtheilung das Prädicat ingenui führt. Daß die Bezeichnung ala prima Flavia Augusta Britannica milliaria civium Romanorum ingenuorum Italicorum absolut unmöglich sei, will ich zwar nicht bestimmt behaupten; allein zwei Schwierigkeiten sind dabei, wie es scheint, übersehen worden. Dieser Name könnte nur auf eine in Italien, also aus Volontären angeworbene Truppe sich beziehen; nun ist es zwar bekannt genug, daß man aus italischen *Freiwilligen* Cohorten bildete, aber Reiterabtheilungen von *voluntarii* Italici finde ich nirgends erwähnt. Daß man sie hätte bilden können, erlaubt noch nicht, sie irgendwo durch Conjectur hinein zu corrigiren. — Eine zweite Schwierigkeit liegt in der Vereinigung der Beiwörter Britannica und Italicorum. Die Cohorten und Flügel wurden bekanntlich regelmäßig aus Peregrinen gebildet und als solche bezeichnet: Brittonum, *Hispanorum u. s. f.* Das Epitheton Britannica ist nun allerdings zweideutig und kann sowohl eine aus Britten gebildete als auch eine in Britannien stationirte oder stationirt gewesene Legion bezeichnen; allein eben dieser Zweideutigkeit wegen und weil man vermuthlich in der Regel unter einer cohors Britannica eine cohors Brittonum verstand, scheinen die Cohorten, welche ausnahmsweise aus Italikern gebildet waren, derartige Bezeichnungen, wie Britannica eine ist, vermieden zu haben. Ehe aber eine so auffällige Vereinigung, wie Britannica Italicorum

wäre, hineincorrigirt wird, dürfte es nicht überflüssig sein, sie durch treffendere Belege zu rechtfertigen, als z. B. die cohors Lusitanorum Cyrenaica, Gallorum Macedonica u. dgl. sein würde. — Wie die Corruptel zu heben ist, lehren folgende Inschriften, die ich aus zahlreichen ähnlichen deßhalb auswähle, weil derselbe Clusius, der die obigen Steine copirte, auch diese, und zwar in Ebersdorf bei Wien, abschrieb, sie also auch der Herkunft nach mit den unsrigen verwandt sind.

Grut. 533, 10.	Grut. 571, 9.
BATO. BVLI. F	. . . I . . F . . .
COL. AP. EQ. ALAE	COL. A. EQV
PANNONIORVM	ALAE. PANNO
TVR. SCENI. SCE	SIGN. TVR. ARTI
NOBARVI. F. ANN	ANN. XXXIIII. STIP
XXX. STIP. IX	XVI. H. S. E
H. S. E	LIBVS. PLASSARI. F
SCENVS. SCENOBAR	HER. POSIT
F. HERES. POSIT	

Es ist evident, daß hiernach aus IVR ITALICI gemacht werden muß TVR*ma* ITALICI; um so evidenter, als die Lesung von Lipsius IVSIIALICI (worin S nur Druckfehler für R zu sein scheint) beweist, daß I und T auf diesem Stein, wie meistens auf den deutschen, leicht zu verwechseln waren. Auf dem zweiten Stein scheint zwischen C. R und LICI eine von dem einzigen Abschreiber nicht angegebene Lücke gewesen zu sein; es stand wohl: C. R. TVR. ITALICI. Es ist also zu lesen: T(itus) F(lavius) Verecund(us), Mac(edonia), eques alae I Fla(viae)

Aug(ustae) Brit(annicae) ∞(milliariae) c(ivium) Ro-manorum), tur(ma) Italici, an(norum) XXX, s(tipendiorum) XIX, h(ic) s(itus) e(st). Syro(?) et Priscinus vex(illarii), F(lavius) Ingenu(u)s; hered(es). Der zweite Stein bietet sonst keine Schwierigkeiten. Uebrigens mag dies ein Exempel sein, welche Vortheile die Epigraphiker mit dem Verlassen der geographischen Ordnung aus der Hand gegeben haben; ständen diese österreichischen Steine beisammen, wie sie sollten, so wäre längst IVR in TVR geändert worden.

Für das somit aus den Inschriften verschwundene ius Italicum mag hier der inschriftliche Nachweis zweier andrer Rechtsinstitute eintreten, die zwar bekannt genug, aber auf Inschriften wohl noch nicht vorgekommen sind. Das erste, die in consilio manumissio, findet sich auf folgender aus Ostia stammenden (Antologia di Firenze 1825. Maggio vol. XVIII. B. p. 114 sg.) von mir in den Magazinen des Vatican copirten, wahrscheinlich ungedruckten Inschrift:

D. OTACILIVS. FELIX. FECIT. SIBI. ET
OTACILIAE. HILARAE. COLLIBERTAE
D. OTACILIO. HILARO. L.
D. OTACILIO. EVDOXO. L. IN CONSILIO MANVMISSO
LVRIAE. MVSAE. VXORI

CETERIS. LIBERTIS. LIBERTABVSQVE. MEIS
OMNIBVS. POSTERISQVE. EORVM. PRAETER
QVOS. TESTAMENTO. MEO. PRAETERIERO
INFRONT PXXX INAGR PXXV

Ich kenne wenigstens keine andre Inschrift, worin das sonst hinreichend bekannte consilium der lex Aelia Sentia vorkäme. Die Zuziehung desselben war bekanntlich erforderlich, theils wenn der Freilasser noch nicht 20, theils wenn der Freizulassende noch nicht 30 Jahre alt war; da von den zwei Freigelassenen des D. Otacilius Felix nur der zweite Eudoxus als in consilio manumissus bezeichnet wird, so war das consilium vermuthlich erforderlich nicht wegen der Jugend des Patrons Felix, sondern wegen der des Freigelassenen Eudoxus. Die Zufügung dieses Prädicats auf dem Grabstein ist nicht befremdend, da eine besonders nahe Stellung zu dem Patron oder besondere Verdienste um denselben die manumissio in consilio bedingten, immer also darin für den Freigelassenen eine Auszeichnung lag.

Das zweite ist die cessio in iure, welche auf folgender Inschrift vorzukommen scheint:

huic MONVMENTO *cedunt* . . . . .
PARTE SINISTERIORE TI . . . .
IS COHAERENTIS CVBI*culi*. *Quatenus*
AD CAECILIVM TROPHI*mum heredesve eius*
PERTINVIT ID OMNE IV*s per mancipationem*
SIVE PER CESSIONE*m in iure pertinet ad*
TELES*phorum*

In den Magazinen des Vatican von mir abgeschrieben; gefunden in Ostia 1825 und publicirt von Amati Giorn. Arcad. XXVIII. p. 357.

VI. Ein Winkeladvokat von Venafro.

Da in diesen Blättern so viel von Venafro die Rede gewesen ist, so möge der folgende curiose, von mir dort in der Masserie Macchia vor der Stadt mit äußerster Mühe entzifferte Stein den Beschluß derselben machen. Die Juristen werden daraus erfahren, wie überflüssig sie schon im Alterthum waren.

P. POMPONIO. P. L
PHILADESPOT
*l*IBR QVI TESTAMENTA
SCRIPSIT ANNOS XIV
SINE IVRISCONSVLT
IL\ . . . . . . LF
. . . .

Also der Grabstein eines Schreibers, der vierzehn Jahre hindurch Testamente concipirte ohne Zuziehung eines Juristen. Aehnlich heißt es in den Pandekten l. 88. §. 17. de leg. II. (31.): L. Titius *hoc meum testamentum* scripsi sine ullo iuris perito, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam. — Die epigraphischen Schicksale der Juristen sind seltsam. Gewarnt wird zwar öfters vor dem dolus malus et iuris consultus oder dem dolus malus et ius civile (Orell. 4374. 4390. 4391. 4821.), und noch öfter gepriesen, wer sine lite gelebt hat; allein die Bezeichnung bestimmter Personen als Juristen ist äußerst selten. Ich kenne nur drei Steine der Art: den des iuris studiosus L. Coelius Bassus (Beger spicil.

ant. p. 108. Mur. 2044, 8. Orelli 1203.), der wegen der Provenienz aus den (berliner) Papieren des Pighius und wegen der ligorianischen Ortsangabe (in via Cassia) höchst verdächtig ist; ferner den eines anonymen iuris prudens scriba aed. cur. (Marini Iscr. Alb. p. 143.) und den eines gleichfalls anonymen Mitgliedes des kaiserlichen Consistoriums, sacerdos confarreationum et diffarreationum und iuris peritus (Orell. 2648.). Es scheint, als hätten die Inschriften sich verschworen, den Juristenkatalog mit keinem einzigen Namen zu vermehren, denn die eine, die den Namen hat, ist wahrscheinlich falsch, die beiden andern, sicher ächten, haben den Namen verloren und unser P. Pomponius Philadespotus endlich war kein Jurist, sondern, wie er selbst uns versichert, ein Winkeladvokat.

XI.

Die wiener Fragmente von Ulpian's Institutionen

Von

Herrn Professor Dr. Mommsen

in Leipzig.

Die von Endlicher entdeckten und am sorgfältigsten (auch mit Hinzufügung einer Wiederholung des trefflichen endlicherschen Facsimile) in der dritten Ausgabe des Ulpian von Böcking (1845) bearbeiteten Fragmente der Institutionen Ulpian's habe ich *im Frühling 1847* in Wien einer sorgfältigen Vergleichung mit dem endlicherschen Facsimile unterworfen, die nicht ganz vergeblich gewesen ist. In dem größeren, aus drei zusammenhangenden Querstreifen bestehenden Bruchstück (fr. II. bei Endlicher) fanden sich Sp. a. Z. 8. zu Anfang auf dem zweiten Querstreif noch die oberen Reste von vier Buchstaben, die gar wohl auf das ergänzte CIPI paßten. Sp. b. Z. 3. fehlt in exquo das kleine o über dem q; auch das e in conducendi Z. 6. ist noch fast ganz zu erkennen. Sp. c. Z. 1 lies $\bar{q}$ für q = quae.

Sp. c. Z. 3. hat die Handschrift nicht ꝺ., sondern ꝺ̄..., am Ende derselben Zeile nicht N, sondern N̄, ferner in Z. 6. q̄ q̄ und Z. 7. ꝗuis = quivis, nicht quis. Diese Lesart der Handschrift ist offenbar besser, als wie man jetzt liest quis; die Depositenklage — sagt Ulpian — ist iure gentium eingeführt, damit Jeder, nicht bloß der Römer, seine anvertraute Sache wiederfordern könne. Sp. 4. zu Anfang fand ich folgende Spuren:

INNUT etwa innu....
a d i p etc.

dann in Z. 3. h̄ ·TATEM, in Z. 4. ū statt u=vel, in Z. 5. N'h, was vielleicht nec h(is) zu lesen ist, nicht nec l(is), und alsdann die auch sonst wahrscheinliche Conjectur Puchta's neque is unterstützen würde; endlich in Z. 7. ANTEPSE, so daß die Reste von P und S erkennbar und die andern Buchstaben nach Maßgabe des Raumes ergänzt sind. — Auf der versa des kleineren Fragments (fr. I. Endlicher's) fehlen über d̄d̄ = deinde die Querstriche, dann aber auch die Ueberschrift der Seite: LIB. Ī q̄, die der Ueberschrift der andern Seite VLP. INST. entspricht. Ich muß indeß bemerken, daß ich nicht ganz sicher war, ob nicht zwischen dem ī und der Nota für us ein zweites I fehle, da der Raum ziemlich bedeutend und der Querstrich ziemlich lang war; doch wird auch an sich genommen die Lesart Īus mehr für sich haben, die überdies dadurch, daß eine Stelle dieser Fragmente in den Digesten aus dem lib. I. citirt wird, und durch innere Gründe vollkommen sichergestellt wird. — Endlich hat Endlicher nicht bemerkt,

daß sein fünftes Fragment der Institutionenhandschr..., welches er, obwohl es unbeschrieben schien, doch in Stich mitgetheilt hat, mit dem fr. I. ursprünglich zusammenhing in folgender Weise:

quinta lacinia r.	*fr. I. r.*
. . . .	VLP. INST. *paratum* . . . .

fr. I v.	*quinta lacinia v.*
LIB. I. *di deinde*	*du* . . . .

so daß beide zusammen einen Querstreif bilden, ganz ähnlich den dreien, woraus das fr. II. zusammengesetzt ist. Auf beiden Seiten der quinta lacinia sind nebst dem obern Rande des Blattes geringe Buchstabenfragmente aus der ersten Zeile übrig geblieben; die der recta sind ganz unerkennbar, von der versa habe ich sie in folgender Weise mir notirt:

Diese Beobachtungen, so minutiös sie sein mögen, werden uns doch Gelegenheit geben, die ursprüngliche Ordnung dieser Fragmente zu ermitteln und daran weitere Bemerkungen anzuknüpfen. Endlicher's bisher beibehaltene Ordnung (fr. II. r. col. b. — fr. II. v. col. c. — fr. I. r. — fr. II. v. col. d. — fr. I. v. — fr. II. r. col. a.) ist sicher nicht richtig. Sie beruht darauf, daß fr. II. der untere Theil eines durch mehrere Zwischenblätter getrennten Doppelblattes ist, fr. I. der obere Theil eines einfachen, dessen versa an die recta des

zweiten Blattes von fr. I. sich anschließe, oder daß wir von zwei zusammenhangenden, aber nicht unmittelbar auf einander folgenden Blättern von dem ersten den untern, von dem zweiten den obern und den untern Theil haben (s. Böcking a. a. O. S. 109—112.). Allein dagegen erhebt sich ein Bedenken. Es war die Ueberschrift in dieser Handschrift wie gewöhnlich über zwei Seiten vertheilt, so daß VLP. INST. auf einer, LIB. I oder II auf der andern Seite stand. War nun geschrieben VLP. INST. LIB. I. oder LIB. I. VLP. INST.? Im ersten Fall stand VLP. INST. auf den versis, LIB. I auf den rectis, im zweiten dieses auf den versis, jenes auf den rectis. Letzteres ist Böcking's Annahme; allein eine solche Anordnung der Ueberschrift, worin erst das Buch, alsdann die Schrift genannt wäre, ist völlig unerhört und, wir dürfen wohl sagen, absolut unzuläßig. Wir gehen daher bei der Bestimmung der ursprünglichen Folge dieser Fragmente davon aus, daß das Fragment mit LIB. I. ||di deinde einer recta, das mit VLP. INST. einer versa angehört. Folglich stand das in ante posse|| endigende Fragment, welches die jener recta unmittelbar vorhergehende Seite beschloß (fr. II. v. col. d.), auf einer versa. Da nun aber, wenn man die beiden Fragmente als Doppelblätter in der Mitte bricht, das mit LIB. I. bezeichnete Fragment nothwendig auf eine versa, das unmittelbar vorhergehende auf eine recta zu stehen kommt, so müssen wir schließen, daß jenes Fragment nicht Rest eines Doppelblattes, sondern eines einfachen zweispaltig

geschriebenen ist [1]), und zwar nicht beide Reste desselben Blattes, sondern fr. II. der untere Theil des einen, fr. I. der obere eines andern Blattes, welche, da sie einen fortlaufenden Text bieten, zusammen das innerste Doppelblatt der Läge ausgemacht haben müssen, in folgender Weise:

1) So bestätigt sich das, was der jüngere Heimbach, allerdings nur als hingeworfene Vermuthung, ausgesprochen hatte. S. Böcking S. 105. Anm. Allerdings führte der Augenschein auch Endlicher selbst dazu, zunächst an zwei Columnen, nicht an Doppelblätter zu denken, und es zeigt das Pergament nicht die geringste Spur eines später ausgeglätteten Bruches.

fol. 1. r.	fol. 1. v.	fol. 2. r.	fol. 2. v.
		LIB. I	VLP. INST.
		di deinde du	.... paratum est
arbitra — i re comm —	reddis — adipisc —		
— arbiter — eodem ex	— malem vel — posse		

So steht die Ueberschrift richtig zur ersten Hälfte über der zweiten Spalte der versa, zur zweiten über der ersten Spalte der recta. Wir lassen nun die Fragmente in dieser handschriftlich festgestellten Ordnung folgen (siehe Beiblatt zu S. 377.).

Allerdings ist diese Anordnung auffallend. Es
sehr nahe, wie Endlicher gethan hat, den Abs[illegible]
über die interdicta prohibitoria, restitutoria et ex[illegible]
toria und den über die possessorischen Interdicte [illegible]
menzustellen, gerade wie sie Gajus III, 142 fg. [illegible]
det. Allein diese Anordnung widerstreitet der Hand[illegible]
und ist damit allein schon beseitigt; überdies ist nic[illegible]
übersehen, daß dieselbe neben jener allerdings beque[illegible]
Folge sonst zu den größten Inconvenienzen führt. [illegible]
chen wir aus den in den Digesten erhaltenen Fragme[illegible]
der 2 Bücher Institutionen Ulpian's das von Ulp[illegible]
in denselben befolgte System zu erkennen, so finden [illegible]
daß das erste Buch die gewöhnliche allgemeine Einlei[illegible]
und das ius quod ad personas pertinet enthielt, da[illegible]
zweite dagegen das ius quod ad res pertinet, das Sachen-
recht, Erbrecht und nach diesem ohne Zweifel das Obliga-
tionenrecht, obwohl uns aus diesem so wie aus dem gan-
zen dritten Theil, dem ius quod ad actiones pertinet, keine
Fragmente erhalten sind [2]). Es ist dies ganz das System

2) Aus der Einleitung sind l. 1. 4. 6. de iust. et iure (ohne Zweifel der Anfang der Schrift) und l. 1. de const. princ. 1, 4. Dem ius quod ad personas pertinet gehören die Stellen an über die patres und filiifam. (l. 4. de his qui sui 1, 6.) über die dos (l. 28. sol. matr. 24, 3.) und über den hostis und das postliminium (l. 24. de capt. 49, 16.); vgl. die ganz ähnliche Folge der Materien Ulp. fr. tit. 4. 6. 10. §. 4. Alle diese Stellen (und außerdem die in den wiener Fragmenten wiederkehrende l. 1. de precario 43, 26.) sind aus lib. I. — Aus lib. II. finden wir zunächst die l. 41. de legib. 1, 3 (die man sehr mit Unrecht gegen die handschriftliche Autorität dem lib. I. hat beilegen wollen): totum ius consistit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo, was offenbar Einleitung ist in das ius quod

er Institutionen des Gajus und noch genauer der Reeln Ulpian's. Ist es nun damit irgend vereinbar, was Böcking annimmt, daß die Obligationen an dem Schluß des ersten, die Interdicte am Anfang des zweiten Buches behandelt werden? Zu dieser Annahme wird er aber genöthigt, da die in den wiener Fragmenten wiederkehrende Stelle über das precarium ausdrücklich in den Digesten aus dem lib. I. citirt wird, und die Stellen über die Interdicte, wenn sie auch durch mehrere Blätter von denen über die Contracte getrennt waren und einem andern Buche angehörten, doch jedenfalls auf den ersten Seiten dieses Buches vorgekommen sein müssen. Seit nun aber die von mir gefundene Ueberschrift LIB. I ausdrücklich gerade die Stelle von den Interdicten dem ersten Buche zuweist, ist Böcking's Annahme ganz unhaltbar geworden.

Es scheint aber überhaupt unrichtig, in den von Contracten handelnden Stellen einen Abschnitt aus dem Obligationenrecht zu erkennen. Die kurze und desultorische

---

ad res pertinet; dann zwei Stellen über die Servituten (l. 1. D. de serv. pr. rust. 8, 3. l. 1. comm. pr. 8, 4.) und zwei über Verfügungen von Todeswegen (l. 115. de legat. I. l. 5. de mort. causa donat. 39, 6.). Mit Recht, obwohl nur durch Ergänzung, sind auch die das Erbrecht betreffenden Fragmente der Collatio XVI, 5—9. dem zweiten Buch zugetheilt worden. Von dem Obligationen- und Actionenrecht findet sich keine Spur; wie denn auch in dem liber regularum diese Abschnitte von den Epitomatoren als die am wenigsten praktischen vernachlässigt sind. Ob dieselben von Ulpian ursprünglich mit in dem zweiten Buche behandelt waren oder etwa das Actionenrecht ein drittes Buch ausmachte, das den Compilatoren nicht zu Gesichte kam, ist für unsere Untersuchung gleichgültig.

Behandlung der einzelnen Contracte, die höchst auffallende Reihenfolge von precarium (was gar kein Contract ist), locatum, mutuum, depositum machen es wahrscheinlicher, daß all diese Rechtsverhältnisse hier nur gelegentlich und wahrscheinlich beispielsweise vorkommen. Dies bestätigt sich durch die auffallende Erscheinung, daß sämmtliche sehr verschiedenartige Rechtsinstitute (abgesehen von dem mutuum, wovon uns der Anfang fehlt) mit einem gewissen Nachdruck auf das ius gentium zurückgeführt werden — so das precarium, bei dem man es gar nicht erwartet: quod genus liberalitatis *ex iure* gentium descendit; der Miethvertrag: locatum quoque et conductum ius gentium introduxit (und gleich nachher: is qui conduxit iure gentium tenetur); das Depositum: depositi quoque utilitatem ius gentium prodidit, wo namentlich das wiederholte quoque zu beachten ist und die Hinweisung darauf, daß Jeder, nicht bloß der Quirite müsse deponiren können. Es ist also wohl anzunehmen, daß die wiener Fragmente aus dem Abschnitt der Institutionen Ulpian's entnommen sind, welcher das ius gentium erörterte und in ächt ulpianischer Weise mit einzelnen in erfreulicher Ausführlichkeit dargelegten Beispielen belegte. Alsdann erklärt sich alles, was sonst räthselhaft erschien. Die Fragmente gehören der Einleitung des ganzen Werkes an, also natürlich dem ersten Buche; da unser Blatt ursprünglich, wie wir sahen, das innerste der Lage war, so wird diese wohl die erste gewesen sein und uns vom Anfange etwa 3—4 Blätter vor unserm Fragment fehlen. Die wie-

ner Bruchstücke stehen dann in der genauesten Verbindung mit den in den Digesten erhaltenen Ueberresten der Einleitung l. 1. §. 4. de iust. et iure: ius gentium est quo gentes humanae utuntur etc.; l. 4. eod.: manumissiones quoque (gerade wie oben beim locatum und depositum) iuris gentium sunt, was nun sogar noch in diesem Auszug ausführlich auseinandergesetzt wird.

Sind nun diese Fragmente aus dem Abschnitt de iure gentium entnommen, so wird sich auch wohl das so auffallende doppelte Vorkommen der Interdicte daraus erklären. Wir müssen dabei uns erinnern, daß wenigstens bei Ulpian das ius gentium niemals als eine philosophische Allgemeinheit zu fassen ist, sondern einen sehr bestimmten und praktischen Gegensatz zum ius civile ausdrückt. Iuris civilis sind die Rechtsgeschäfte, welche nur den Bürger verpflichten und zwischen Peregrinen oder einem Bürger und einem Peregrinen eingegangen nichtig sind; iuris gentium diejenigen, welche von der Civität unabhängig sind und auch unter Peregrinen oder Bürgern und Peregrinen vorkommen. Daher rechnet Ulpian das Precarium und die Manumission zu den Rechtsgeschäften ex iure gentium, ebenso sogar die Acceptilation: hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio et ideo puto et graece posse acceptum fieri (VLP. l. XLVIII. ad Sabinum, l. 8. D. de acceptil. 46, 4.). Wie nun Ulpian eine Menge Beispiele von Rechtsgeschäften ex iure gentium anführt, wird er auch Beispiele der Rechtsgeschäfte ex iure civili

beigebracht haben. Welches hätte ihm dabei näher ge-
legen als die eigentliche sponsio, die, ganz verschieden
von den übrigen formloseren Stipulationen, nicht iuris
gentium war und daher auch nicht in griechischer Sprache
stattfinden konnte? (Gai. III, 93: Sed haec quidem
verborum obligatio: DARI SPONDES? SPONDEO propria
civium Romanorum est, ceterae vero iuris gentium
sunt — — adeo propria civium R. est, ut ne qui-
dem in Graecum sermonem per interpretationem
transferri possit.) Auf diese sponsio als Beispiel
eines strengen Civilgeschäfts beziehe ich den Anfang der
wiener Fragmente. Es scheint hier auseinandergesetzt zu
werden, daß alle prohibitorischen Interdicte (also z. B.
uti possidetis, utrubi u. s. w.) nur zwischen Römern
statthaft waren, die restitutorischen und exhibitorischen
aber (also namentlich alle Interdicte adipisc. et recup.
possessionis) auch zwischen Peregrinen oder einem Rö-
mer und einem Peregrinen stattfinden konnten, weil bei je-
nen eine sponsio nothwendig war, bei diesen nicht. Jene
waren also iuris civilis, diese iuris gentium. Wie Ulpian
nachher von den Beispielen der Civilgeschäfte überging
zu den Beispielen von Rechtsgeschäften ex iure gentium,
war es sehr natürlich, daß er nach Anführung des preca-
rium, locatum, mutuum, depositum abermals zu jenen
Interdicten iuris gentium zurückkehrte und mit gewohn-
ter und angenehmer Weitläuftigkeit zuerst wohl die in-
terdicta adipiscendae und die interdicta recuperandae
possessionis, alsdann (und dies ist uns übrig) die in-
terdicta duplicia tam adipiscendae quam reciperan-
dae possessionis aufzählte.

XII.

Nachtrag zu Seite 12., 15. des vierzehnten Bandes dieser Zeitschrift.

Von

Herrn Geh. Justizrath Dr. Blume

in Bonn.

Zu den von Justinian angeordneten Verbindungen der Schrift mit der Eidesleistung ist auch noch folgender Fall zu rechnen:

Im Jahre 529 wünschte Justinian das Ansehen der Schiedsrichtersprüche zu steigern, indem er sie für unbedingt bindend erklärte, falls die Parteien unter sich, oder der Richter ihnen gegenüber eidlich versprochen hätten, die Sache in diesem Wege durchzuverhandeln. Der erste Eid war eine Erweiterung der cautio iudicio sisti, der zweite eine Anwendung des richterlichen Amtseides (S. 15.) auf den bloßen Schiedsrichter. — Dabei fügte Justinian aber ausdrücklich hinzu, daß die Eidesleistung schriftlich bezeugt, oder beiderseits anerkannt sein müsse: auf eine einseitige mündliche Behauptung sollte

keine Rücksicht genommen werden [1]). Aber schon zw[illegible] Jahre darauf hat Justinian diese Verfügung zurückge[illegible] nommen [2]). Auf die Erweiterung der Richtereide (S. 15. Note 37.) bezieht sich auch die const. 2. pr. §. 8. Iureiur. pr. calumn. (2., 59.) und auf die processuali- schen Calumnieneide (Note 38.) die Nou. 49. cap. 3.

1) Const. 4. pr. §. 1. 2. 3. 5. de Receptis arbitris (2, 56.).

2) Nou. 82. cap. 11. Hier ist nur die Rede von einer ἐκ τῶν ὅρκων ἀσφάλεια, ohne des schriftlichen Beweismittels zu gedenken.

Im Verlage von Theodor Fischer in Cassel ist soeben erschienen:

Heuser,

Bemerkenswerthe Entscheidungen der Criminalkammer des Ober-Appellations-Gerichtes zu Cassel.

Vierter Band. 4. Heft. gr. 8. Geh. 15 Sgr.

Nach Vollendung des vierten Bandes dieses Werkes, welches in verschiedenen critischen Zeitschriften, z. B. in Richters critischen Jahrbüchern, Hitzigs Annalen, fortgesetzt von Schletter, juristische Zeitung für Hannover, Anwaltszeitung, Zeitschrift für deutsches Strafverfahren von Jagemann, Jahrbücher für sächsisches Strafrecht, Monatsschrift für Musterung und praktisches Studium der juristischen Litteratur, u. a. m., sehr vortheilhaft beurtheilt worden ist, und dessen wohlthätiger Einfluß auf die kurhessische Criminalpraxis so wie dessen Unentbehrlichkeit für alle kurhessischen Criminalbeamte, namentlich auch für die Anwälte, vielfache Anerkennung gefunden hat, glaubt die Verlagsbuchhandlung das gesammte juristische Publicum auf dasselbe aufmerksam machen zu müssen, da, nachdem Anklageprozeß, Schwurgerichte, öffentliches und mündliches Verfahren in Strafsachen in Kurhessen schon seit einem Jahr eingeführt sind, die Entscheidungen des hö[illegible] richtshofes des Landes, welcher sich durch scharfsinnige [illegible]

keine Rücksicht genommen werden [1]). Aber schon zeh[n]
Jahre darauf hat Justinian diese Verfügung zurückge-
nommen [2]). Auf die Erweiterung der Richtereide (S.
15. Note 37.) bezieht sich auch die const. 2. pr. §. 8.
Iureiur. pr. calumn. (2., 59.) und auf die processuali-
schen Calumnieneide (Note 38.) die Nou. 49. cap. 3.

1) Const. 4. pr. §. 1. 2. 3. 5. de Receptis arbitris (2, 56.).

2) Nou. 82. cap. 11. Hier ist nur die Rede von einer ἐκ τῶν ὅρκων ἀσφάλεια, ohne des schriftlichen Beweismittels zu gedenken.

liche Behandlung seit langer Zeit ausgezeichnet hat, für jeden Juristen Deutschlands von großem Interesse sein müssen.

Die drei letzten Bände enthalten, neben vielen anderen Entscheidungen und Strafrechtsfällen von erheblichem juristischem, psychologischem und gerichtlich-medicinischem Interesse folgende besonders hervorzuhebende und ausführlich dargestellte Criminalfälle:

die Fabrik falscher preußischer Kassenscheine zu Bockenheim, der Raubmörder Ph. Gerber aus Schlitz (Beispiel eines Indicienbeweises in seltener Vollständigkeit), über den strafrechtlichen Charakter schriftlicher Lügen in amtlichen Berichten, Verwandtenmord (Prüfung einer zweifelhaften Selbstanklage), Betrug durch wahrheitswidriges Vorbringen einer Partei bei Instruction eines Civilprocesses, Kindermord (Strafbarkeit des Versuches bei mangelndem Objekte), Gotteslästerung, Unterschlagung, Peculat, crimen de residuis, Recht auf Akteneinsicht, Vatermord, der Raubmörder Anton Schlott aus Peickelsheim (Grundsätze über die Erfordernisse des künstlichen Ueberführungsbeweises), Mord mittelst Erhängung, Abtreibung der Leibesfurcht, Giftmord, Sodomie, Meineid, Mord aus Rache wegen eines gestörten Liebesverhältnisses, über Rechtsirrthum in Strafsachen, Raub, über die Rechtsverbindlichkeit von Dienstinstruktionen Dritten gegenüber, Concubinat, Landfriedensbruch, Beiträge zur Lehre von der Tödtung, über rückwirkende Kraft der Strafgesetze, Tödtung eines Forstbeamten durch einen Wilddieb, Stellionat, Tödtung, begangen von einem neunjährigen Knaben (unter welchen Voraussetzungen sind Unmündigen strafbare Handlungen criminalrechtlich zuzurechnen?), Nothzucht, Schändung eines unmannbaren Mädchens, über Verjährung der Verbrechen, Friedrich Theul, der Mörder seiner Kinder aus Liebe zu denselben, Brandstiftung, Irrwahn, Hallucinationen, Verbrechen in Trunkenheit, Diebstahl (eine umfassende Darstellung dieses Verbrechens nach gemeinem und kurhessischem Partikularrecht), Meuchelmord, Betrug, über das Verhältniß des Civilinteresse zum strafgerichtlichen Interesse, Erpressung, über Strafbarkeit eines Versuches mit untauglichen Mitteln, über Straflosigkeit des Versuches bei freiwilligem Rücktritt, Mord oder Todtschlag? (eine psychologische Erörterung) Fälschung durch Vernichtung einer Urkunde, Fälschung eines die Wahl eines Landtags-Abgeordneten vorbereitenden Wahlprotokolles,

und schließlich eine große Anzahl sehr wichtiger Ausführungen
d Entscheidungen in Anwendung des neuesten Strafproceßgesetzes,
rch welches öffentliches und mündliches Strafverfahren, sowie
chwurgerichte eingeführt wurden.

Jeder Band ist mit einem genauen alphabetischen Inhaltsver-
ichniß versehen und das erste Heft des fünften Bandes ist
ereits erschienen.

ANTONII SCHULTINGII,

quondam in Academia Lugduno-Batava Juris Antecessoris celeberrimi,

NOTAE AD DIGESTA SEU PANDECTAS.

Edidit atque Animadversiones adjecit

NICOLAUS SMALLENBURGIUS,

in eadem Academia Jur. Civ. Prof. Ord.

Tomis VII quorum postremus in II partes dividitur.

Ornatum est opus effigie cum SCHULTINGII, tum SMALLENBURGII.
Lugduni-Batavorum. 1804—1835. 8o maj.

Multi eruditissimi viri Batavi, seculo decimo septimo ad finem vergente, item decimi octavi parte priore, Juris Romani disciplinam insigniter excoluerunt. Ceteris omnibus praestitit ANTONIUS SCHULTINGIUS, literarum humaniorum pariter, et Juris Civilis scientia excellentissimus. De quo viro ut omnia dicamus, apponemus *Hauboldi* judicium in *Inst. Jur. Rom. litt.* Lips. 1809, p. 142: „SCHULTINGIUS" (inquit) „uno omnium ore *Batavorum* dicitur *Cujacius*, in „jurisprudentiâ historicâ verissime Princeps." — SCHULTINGIUS igitur, quamquam vivus editis praeclaris operibus, praecipue immortali illo in *Jurisprudentiam Ante-Justinianeam* Commentario, in paucis egregie de Juris Romani studio meruerat; tamen haud minora exquisitae eruditionis et admirandae diligentiae documenta moriens reliquit. Nam reperta sunt in ejus bibliothecâ duo Digestorum Imp. Justiniani typis impressa exemplaria, quibus manu sua plurimas notas atque animadversiones adjecerat, omni eruditionis genere refertissimas. Quidquid enim per totam fere vitam in singulis Pandectarum legibus aut ipse acute observaverat, aut ab aliis

omnis aevi Jurisconsultis passim et sparsim animadversum legerat: tum quaecumque loca in ceteris antiquis scriptoribus, Graecis, Latinis, etiam illis, qui a perpaucis ICtis legi solent, veluti Patribus Ecclesiasticis, repererat atque notaverat, unde ad veterum jurisprudentium in Pandectis fragmenta aliquid lucis accedere posse arbitraretur: — haec igitur atque alia a SCHULTINGIO ad utriusque exemplaris margines, accuratissime adscripta, citata, in suam quaeque sedem et locum relata erant. Jam. qui SCHULTINGIUM novit, is facile illius thesauri pretium *vel ex hac* sola commemoratione juste aestimabit. Notas has *Mss.* SCHULTINGIUS testamento legavit amico suo, celebri Jurisconsulto, JOH. CONR. RUCKERO. Post obitum Ruckeri, satis grandi pretio redemtae, illatae sunt in Bibliothecam Academiae Lugduno-Batavae publicam. Ibi quum aliquamdiu latuissent, tandem NICOLAUS SMALLENBURGIUS, Vir Clarissimus, qui hoc quo vivimus seculo Juris Civilis cathedram in Academia Leidensi diu magna cum laude obtinuit, tantas gazas tenebris premi aegre ferens, integras Schultingii notas in lucem protulit, adjectis additamentis amplissimis atque doctissimis, quibus eruditissimus editor, quidquid aut a Schultingio omissum videretur, aut post Schultingium a viris doctis ad singula Pandectarum loca illustranda *in medium* prolatum esset, maxima diligentia collegit atque disposuit: additis, quas ipse proprio ingenio repererat, animadversionibus: adhibitisque (quae haud minimum operi ornamentum conciliant) ineditis observationibus celeberrimorum ICtorum, veluti ANTONII MATTHAEI, JO. CONR. RUCKERI, JACOBI VOORDAE, JOANNIS WATERI. His dotibus instructum opus prodiit VIII voluminibus, quorum singula ad 600 paginas continent. Quod licet ab eruditis summo applausu exceptum esset, tamen magnum quo venale prostabat pretium (44 floren. Holland.) effecit, ut non omnia typis im

pressa exemplaria continuo divenderentur. Nos vero, infrascripti bibliopolae, exemplarium quae restant, dominio redemto, quo citius distrahantur, consilium inivimus pretium operis ita diminuendi, ut in posterum parari possit 15 florenis Hollandicis. Ita ad summam libri bonitatem nunc etiam pretii parvitas singularis accedit. Viris doctis si tale opus multis commendaremus, hoc vero esset operam et oleum ludere. Adolescentes autem, verae ac solidae eruditionis studiosos, si adhortemur, ut SCHULTINGIO potissimum ac SMALLENBURGIO ducibus, in Pandectarum lectione uti velint: non metuimus, ne quisquam rei gnarus nos cupidius quam verius hoc dixisse adseveret. Omnino hic liber *Commentarii perpetui in Pandectas* vicem praestare potest, qualem vix alibi reperias. De hujus libri laudibus conferantur censurae V. Cl. J. VAN HALL (*Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving* I. p. 261—269. IX, p. 196—200) et ED. SCHRADERI (*Krit. Zeitschr. für Rechtswissenschaft.* III p. 354).

Groningae et Amstelodami
1 Januarii 1850.

W. VAN BOEKEREN.
FREDERIK MULLER.

LEX ROMANA
VISIGOTHORUM.

AD LXXVI LIBRORUM MANU SCRIPTORUM FIDEM RECOGNOVIT, SEPTEM EIUS ANTIQUIS EPITOMIS, QUAE PRAETER DUAS ADHUC INEDITAE SUNT, TITULORUM EXPLANATIONE AUXIT, APPENDICIBUS, PROLEGOMENIS

INSTRUXIT

GUSTAVUS HAENEL

LIPSIENSIS.

EDITIO POST SICHARDUM PRIMA.

Fol. (Cum quattuor tabulis in lapide pictis.)

LIPSIAE

SUMPTIBUS ET TYPIS B. G. TEUBNERI.

MDCCCXLIX.

Postquam Carolus de Savigny praeclarum illum de Historia juris librum scripsit, nullum fore credo elegantioris doctrinae jurisconsultum et historiae studiosum, qui de legibus everso Romano imperio barbarorum, qui dicuntur, regum jussu in utilitatem Romanorum scriptis maxime memorabilem esse *Legem Romanam Visigothorum* nesciat. Excellit enim ratione, qua composita est et amplitudine, valuit auctoritate in iudiciis et in scholis, saepe numero in codices transscripta est, in diversas formas redacta glossisque instructa, denique etiam ea aetate, qua juris colendi ars in Occidente rudis et inculta erat, crebro adhibita ad componendos tum civilis tum ecclesiastici juris libros. Neque postquam Romani juris studium in eum penetraverat, parvi habita est, quum complures veteris juris librorum reliquias complectatur sola; nam quamquam incredibilem in modum doctos excitavit ad libros illos undique conquirendos divulgandosque, tamen ut omnes aut integri invenirentur, non contigit. Quare Legem illam, ut ab Alarico promulgata est, totam dumtaxat semel aeneis typis expressam esse, a Sichardo a. p. C. n. 1528, mirum est. Sed ne is quidem quicquam

curasse videtur, nisi ut codicem, quo uteretur, divulgaret et scripturae diversitatem ex aliis libris manuscriptis in margine hic et illic apponeret. Quas vicissitudines habuerit Lex, ex Sichardo perspici nequit. Praeterea liber perrarus est, paucique veram ejus notitiam habent, praesertim quum a Juris Anteiustiniani cultoribus repetitus quidem, sed cum rebus alienis commixtus sit. Quae quum ita essent, cum hujus aetatis, quae magnum studium contulit ad veteres leges emendandas, ingenio non dubitabam, quin congrueret, nova *Legis Romanae Visigothorum* editio, quae sublatis Sichardiani libri vitiis et maculis, non solum habitum et indolem Legis demonstraret, sed etiam historiam, vicissitudines et fata ejus exponeret. Induxi igitur in animum meum vacuam quasi illam rei literariae partem explere et Legem codicum undique conquisitorum ope ab omni parte perpolire et perficere. Tandem post multos exantlatos labores et magnos sumptus in rem impensos, consilium, quod ceperam, a me peractum est et eo perventum, ut liber divulgari possit. Restat igitur, ut iis, qui librum emere velint, quam brevissime res patitur, exponam, quid egerim. Et primum quidem removi a Sichardo et a Juris Anteiustiniani libris, quicquid vel non pertineret ad Legem illam vel sententiam singularum legum et interpretationis turbaret; contra addidi ei explanationem titulorum antea incognitam et Auctoritatem Alarici, quae excidit e Sichardi libro, in Theodosiani autem Codicis editionibus et aliis libris maculis affecta est. Praeterea cum Lege conjunxi epitomas, in quas intra saeculum VIII. et X. redacta est. Permagni enim faciendae sunt, quum probent auctoritatem, qua valuit Lex in scholis et in iudiciis, et ansam dederint jurisconsultis ad gravissimas disputationes, quinque denique earum ad hunc usque diem ineditae sint. Sed diligentis editoris est, non solum rem integram exhibere lectoribus, verum etiam demonstrare, unde hausta sit, quod officium studui in annotatione Legi subjecta explere, praesertim quum codices ejus diversissimi generis sint et ambitus; quare ad singulas quasque leges enumeravi codices, qui eam continerent simulque exposui, quid librarii omiserint, quid novaverint, et, quum veterum librorum et formularum auctores prioribus sex saeculis, postquam Lex promulgata est, crebro ea usi sint, non omisi enotare, quicquid illi ex lege hauserint. Reliqua, quae insunt in notis, hoc loco taceo, ut parcam spatio. Verum praeter Legem multa complectuntur codices, quae ad eam non pertinent, itaque ab ea disjungenda quidem, sed propter utilitatem, quam afferunt veteris juris studiosis, in appendices conjicienda erant. Constant igitur hae appendices primum ex delectu quodam Anteiustiniani Juris locorum, qui in nonnullis codicibus Legi subjunctus est; deinde ex XII Capitulis, quae, quamquam veteris juris Helvetici librum continent, tamen a nemine divulgata sunt; tum ex sex antiquissimis et maximam partem ineditis formis graduum et cognationum, denique ex glossis jam ante glossatorum, quos vocant, aetatem scriptis, quibus addidi glossaria et indicem locorum Legis in veteres illos, quos commemoravi, juris et formularum libros trans-

latorum. Sed haec hactenus de Lege ipsa. Neque vero hoc satis erat fecisse, ut Legem ederem perpolitam et auctam, praeterea disputandum erat de historia et auctoritate ejus, de codicibus et editionibus, quod feci in prolegomenis. Disputavi igitur in primo capite de Compositione Legis deque integritate ejus, de interpretatione, de rebus Legi modo interjectis modo additis, de emendatione ejus, quae dicitur Caroli M. jussu facta esse, et de classibus codicum. Jn altero capite disserui de explanationibus titulorum, de glossis, formis graduum et epitomis, quas commemoravi et enisus sum demonstrare quum aetatem tum patriam earum. Neque minorem óperam contuli in tertium caput, quod codices explicat et rem literariam ad eos spectantem complectitur. Nam quamquam LXXVI codices adhibui ad hanc Legem emendandam, permultos igitur, tamen omnes, tribus exceptis, XII. saeculo vetustiores sunt, duo VIII., complures X. saeculo. Quartum quoque caput de Usu et Auctoritate Breviarii largam obtulit copiam disputandi, quum inquirendum esset in aetatem Edicti Theodorici, Legis Romanae Burgundionum, legis Visigothorum, ut diiudicare possem, num recte statuant illi docti viri, qui harum legum auctores ex Lege Romana Visigothorum hoc et illud caput juris hausisse dicant. Denique vero accurate descripsi in ultimo capite editiones tum ipsius Legis, tum epitomarum ejus. Nam praeter epitomen a Cancianio divulgatam omnes perrarae sunt, neque summa cura adhibita mihi contigit, ut epitomae ab Aegidio a. 1517 editae aut Bouchardiani libri exemplum aliquod compararem et plura quidem inveni in bibliothecis Aegidianae epitomae exempla manu scripta quam aeneis typis expressa.

En, Legem Romanam Visigothorum a me editam! Jam vero me sinas, benevole lector, hunc librum Tibi commendare; invenies enim in eo copiam rerum novarum Tibique persuadebis perlecto eo, complures quaestiones, de quibus ambigebatur inter viros doctos, nunc tandem profligatas et paene ad exitum perductas esse. Commendo autem Tibi hunc librum non mea, quod quidem arrogantiae speciem prae se ferret, sed bibliopolae, viri honestissimi, caussa, qui eum nitidis et recens aeri incisis literis in charta splendida exprimendum curavit. Emas igitur quaeso librum; ne virum egregium, cui in deliciis est liberalium artium studia adjuvare et amplificare, in eum magnos sumptus fecisse poeniteat in hac potissimum rerum publicarum perturbatione.

Scribebam Lipsiae a. p. C. n. MDCCCXLVIIII.

Gustavus Haenel.

Hoc opus, cujus supra legitur titulus, Lipsiae B. G. Teubneri prodiit sumptibus venditurque in omnibus Germaniae librariis ***duodecim thalerorum imperialium pretio;*** in exteris:

Amstelodami	apud	**J. Müller.**
Athenis	,,	**A. Nast.**
Bruxellis	,,	**C. Muquard,**
		Kiessling & Comp.
Dorpati	,,	**E. J. Karow,**
		F. Kluge.
Eboraci novi (New-York)	,,	**R. Garrigue.**
Havniae	,,	**Gyldendal,**
		A. F. Hoest,
		C. A. Reitzel.
Holmiae	,,	**A. Bonnier.**
		C. E. Fritze.
Londini	,,	**Williams & Norgate,**
		Dulau & Comp.,
		D. Nutt.
Lugduni-Batavorum	,,	**E. J. Brill.**
Moscoviae	,,	**M. Arlt.**
Neapoli	,,	**A. Detken.**
Petropoli	,,	**Eggers & Comp.,**
		H. Schmitzdorff.
Rigae	,,	**J. Deubner.**
		E. Götschel.
		N. Kymmel.
Roterodami	,,	**A. Baedeker.**
Trajecti ad Rhenum	,,	**Kemink,**
		Dannenfelser.

Lipsiae, mense Julio 1849.

B. G. Teubner.

eines Bandes ist auf 5 fl. 24 kr. oder 3 Rthlr. 6 ngr festgesetzt. Um die Sammlung vollständig zu mach werden die Jahrgänge 1848 und 1849, welche bere unter der Presse sind, baldigst nachgeliefert.

Inhalt des ersten Heftes.

Inhalt des zweiten Heftes.

erteure und ausgetretene Militairpflichtige zu verhängende Geldbuße. — Allerhöchster Erlaß, betr. die Anciennetäts-Verhältnisse, die Gehaltsstufen und den Rang der richterlichen Beamten, sowie der Beamten der Staatsanwaltschaft.

Oesterreich. Vertrag über die Grundlagen eines Deutsch-Oesterreichischen Postvereins, abgeschlossen zwischen Oesterreich und Preußen. — Verordnung über die Briefportotaxe und die Einhebung derselben durch Briefmarken. — Gemeinde-Ordnung für Wien.

Würtemberg. Bekanntmachung, die Behandlung und Spedition der Zeitschriften betr.

Braunschweig. Gesetz, die Einrichtung einer Commission zur Prüfung der Candidaten der Rechte, der Advocatur, des Notariats und des Richteramtes und die von diesen zu bestehenden Prüfungen betr. — Gesetz über die Organisation der Finanz-, Eisenbahn- u. Postverwaltung.

Inhalt des dritten u. vierten Heftes.

Braunschweig. Gesetz, die Aufhebung der Familien-Fideicommisse betr. — Civil-Proceß-Ordnung. — Gesetz, die gerichtliche Polizei und die mit deren Ausübung beauftragten Beamten betr. — Notariats-Ordnung. — Gesetz, die Einführung der Gerichtsverfassung v. 21. Aug. 1840 betr. — Gesetz, die Verwandlung der Geldstrafen in verhältnißmäßige Freiheitsstrafen betr. — Advocaten-Ordnung.

Sachsen. Gesetz, die Ergänzung und Abänderung der Gewerbe- und Personalsteuer betr. — Verordnung, die Posttaxordnung und den Deutsch-Oesterreichischen Postverein betr. — Verordnung, das Vereins- und Versammlungsrecht betr. — Verordnung, einige Zusätze zu dem Preßgesetze vom 18. Nov. 1848 betr.

Hannover. Gesetz über Eidesleistungen. — Gesetz, betr. das Aufsuchen von Waarenbestellungen nach Proben und Waarenverzeichnissen.

Kur-Hessen. Gesetz, die Eisenbahn-Polizei betr.

Großherzogthum Hessen. Verordnung, das die öffentliche Sicherheit gefährdende Tragen von Waffen betr. — Verordnung, die Einquartirung und Verpflegung der Großherzoglichen Truppen bei den Landeseinwohnern betr.

Schleswig-Holstein. Gesetz, die Einführung von Frankirungsmarken, die Behandlung der unbestellbaren Briefe und die Regelung der Postportofreiheiten betr.

Anhalt-Bernburg. Gesetz, die Aufrechthaltung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit betr. — Verordnung, die Ableistung der Militairpflicht durch Eintritt als einjähriger Freiwilliger betr.

Bayern. Gesetz, den Ersatz des Wildschadens betr. — Gesetz, die Competenzconflicte betr.

Preußen. Gesetz, die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse betr. — Gesetz über die Errichtung von Rentenbanken.

Das fünfte u. sechste Heft

ist bereits unter der Presse und wird in einigen Wochen ausgegeben.

Parlamentarisches Taschenbuch

herausgegeben

von

Dr. A. Rauch.

1te bis 6te Lieferung. 12. geh. Jede Lieferung nur 48 kr. oder 15 ngr.

Inhalt.

Erste Lieferung. Constitution der vereinigten Staaten von Nordamerika. — Constitution des Königreichs Norwegen. — Neapolitanische Verfassung. — Toscanische Verfassung. — Verfassung für Piemont und Sardinien. — Grundgesetz für den Kirchenstaat. — Oesterreichische Verfassung. — Staatsverfassung Belgiens. — Schweizerische Bundesverfassung. — Grundzüge der englischen Verfassung. — Entwurf des deutschen Reichsgrundgesetzes.

Zweite Lieferung. Staatsgrundgesetz für die Herzogthümer Schleswig-Holstein. — Schleswig-holsteinisches Gesetz, betr. die Verantwortlichkeit der Minister. — Verfassungsurkunde für das Herzogthum Anhalt-Dessau. — Verfassungsurkunde für den preußischen Staat. — Preußisches Wahlgesetz für die erste Kammer. — Preußisches Wahlgesetz für die zweite Kammer. — Verfassungsurkunde der schweiz. Eidgenossenschaft. — Zur Geschichte des französischen Verfassungswesens. — Verfassung der französischen Republik. — Grundrechte des deutschen Volkes.

Dritte Lieferung. Landesverfassungsgesetz für das Königreich Hannover. — Wahlgesetz für das Königreich Hannover. — Entwurf der Constitutions-Urkunde für die österreichischen Staaten (der verfassunggebenden Versammlung in Kremsier). — Octroyirte österreichische Verfassung. — Provisorisches Preßgesetz. — Provisorisches Associationsgesetz. — Wahlgesetz der französischen Republik.

Vierte Lieferung. Staatsgrundgesetz für das Großherzogthum Oldenburg. Wahlgesetz hiezu. — Verfassung des Bremischen Staats. — Staatsgrundgesetz für das Herzogthum Gotha. Wahlordnung hiezu. — Verfassung des deutschen Reichs. — Reichswahlgesetz. — Einführungsgesetz für die Grundrechte.

Fünfte Lieferung. Octroyirter (preußischer) Entwurf der deutschen Verfassung nebst Wahlgesetz und Entwurf des provisorischen Schiedsgerichtes. Denkschrift dazu. — Hannoverischer Entwurf zur Verfassung des deutschen Reichs. Denkschrift dazu. — Preußisches (octroyirtes) Gesetz über das freie Vereins- und Versammlungsrecht. — Preußisches (octroyirtes) Preßgesetz. — Staatsgrundgesetz für die Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont. Wahlgesetz hiezu. — Verfassung des Freistaates Hamburg. Wahlgesetz hiezu. — Staatsgrundgesetz für das Königreich Dänemark.

Sechste Lieferung. Deutsche Bundesacte vom 8. Juni 1815 und 15. Mai 1820. — Wiener Schlußacte vom 9. Juni 1815. — Staatsgrundgesetz für das Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin. Einführungsgesetz hiezu. Wahlgesetz hiezu. — Staatsgrundgesetz für das Fürstenthum Reuß j. L. Wahlgesetz hiezu. — Abänderungs-Vorschläge des bayer. Ministers von der Pfordten zu dem Berliner Verfassungs-

urfe. — Preußische Erwiderungen auf die Vorschläge des Ministers ver Pfordten zu Abschnitt I. II. VI. — Preußische Erwiderungen ie Vorschläge des Ministers von der Pfordten zu Abschnitt III. — Interim. — Geschäftsordnung für die verfassunggebende Reichsnmlung. Anhang dazu.

Ein flüchtiger Blick nur auf dieses Inhaltsverzeichniß wird Jeden von der großen Reichhaltigkeit dieses Werkes eugen und bedarf daher dasselbe keiner weiteren Empfehlung. erlauben uns nur noch die Bemerkung, daß dieses Ta-buch nicht nur alle seit dem März 1848 erschie-en, sondern auch noch die wichtigsten vormärzlichen assungen enthält, sowie überhaupt Alles, was in Bezug die deutsche Bundesverfassung und das allgemeine opäische Völkerrecht von Wichtigkeit ist, namentlich die Verträge von 1815, in dasselbe mit aufgenommen en sind. — Es ist unseres Wissens das einzige Werk r Art, das auf Vollständigkeit Anspruch machen kann und deshalb jedem Politiker, namentlich den Staatsmännern ganz besonders aber den Landtags-Abgeordneten als unbehrlich in allen seither erschienenen Recensionen empfohlen.

Deutsche
echtsgeschichte im Grundrisse.

Von

Dr. H. G. Ph. Gengler.

. 26 Heft. gr. 8. geh. 2 Rthlr. 10 ngr. oder 3 fl. 48 kr.

Wir erlauben uns, auf die einzige, bis jetzt erschienene, ausgezeichnete Recension zu verweisen, welche in rsdorf's Repertorium (I. Bd. 6s Heft d. J.) über das e Heft dieses Werkes enthalten ist, worin das Werk gesermaßen eine **Quellenkunde des deutschen Rechts** annt, der gründliche Fleiß des Herrn Verfassers aner-it und gerühmt, sowie am Schlusse der aufrichtige nsch ausgedrückt wird, **daß der gelehrte Herr Verier in seiner verdienstvollen Arbeit in gleicher eise fortfahren und mit der Fortsetzung uns recht d erfreuen möge.**

Das 3te Heft, welches den Schluß des ganzen Werkes et, erscheint in Kürze.

on dem von Seiner Majestät dem Könige niedergesetzten
tés zur Beurtheilung der auf die königl. Preisfrage einge-
nen Arbeiten eine sehr ausgezeichnete Belobung
en, sondern der Herr Verfasser hat sich bereits auch eines
gnädigsten Handbillets von Sr. Majestät dem
ige Max von Bayern zu erfreuen. Es ist dies um
nkenswerther, als diese treffliche Schrift mit großem
muthe geschrieben, die tiefsten Gebrechen unseres
ats- und Völkerlebens schonungslos aufdeckt
namentlich den Regenten und Regierungen gegen-
r die ernste, nicht immer angenehme Sprache
Wahrheit spricht. Da es gewiß für jeden Vater-
dsfreund von großer Wichtigkeit ist, sich über diese
steste aller Zeitfragen eine genaue Kenntniß zu ver-
fen, so erlauben wir uns auf dieses gediegene Schriftchen
it angelegentlichst aufmerksam zu machen.

Die

Grundrichtungen in der Geschichte

der

Staatswissenschaft

von

Dr. J. J. Roßbach.

gr. 8. geh. 10 ngr. oder 48 kr.

Dieses treffliche Schriftchen hatte sich bereits der günstigsten
rtheilung zu erfreuen und kann mit allem Rechte geneigter
chtung empfohlen werden.

Außerordentliche Preisermäßigung auf kurze Zeit.

In Folge vielfacher Anfragen und Aufforderungen,
die anhaltender, zahlreicher Gesuche auf antiquarischem
ege und um auch den unbemittelteren, niedrig besol-
en Beamten und jüngeren Juristen Gelegenheit zur
schaffung zu geben, haben wir uns, obwohl ungerne,
schlossen, das für jeden Juristen unentbehrliche Werk:

Dr. *Chr. Fr. v. Glück's* ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Nach des Verfassers Tode fortgesetzt von Dr. Chr. Fr. Mühlenbruch. gr. 8.

43 Bände u. 3 Registerbände, Ladenpr.
113 fl. 12 kr. oder 71 Rthlr. 5 ngr. ge
baare Einsendung des Betrages bei
Bestellung

auf **68 fl.** oder **43 Rthlr.**

im Preise zu ermäßigen und zwar nur in ei
bestimmten Anzahl von Exemplaren für
Dauer von 3 Monaten.

Den ersten fünfzig bestellten Exemplaren
Glück's Portrait (in Folio) als Prämie gr
beigegeben.

Sobald die schon jetzt bestimmte Anzahl Exempl
abgesetzt ist, und längstens mit dem 1. December
Jahres tritt

unwiderruflich der obige Ladenprei

wieder ein, und versteht sich diese Preisermäßigung
nur für complette Exemplare.

Einzelne Bände werden nur zu dem ohne
sehr billigen Preise von 2 fl. 24 kr. oder 1 Rthlr. 15
abgegeben. Die 3 Registerbände kosten 10 fl. o
6 Rthlr. 20 ngr.

Zugleich bringen wir den verehrlichen B
sitzern von

Glück's Commentar

zur Anzeige, daß es uns gelungen ist, für die Be
arbeitung der Fortsetzung dieses Werkes Herrn Ho
u. Professor Dr. E. Fein in Jena zu gewinnen, de
ausgezeichnete Befähigung als Theoretiker und Pr
tiker in der gelehrten Welt anerkannt ist. Sein N
bürgt dafür, daß das angefangene Werk ganz i
Geiste des seel. Glück würdig vollendet werde.

Der 44. Band ist bereits unter der Presse u
wird in wenig Wochen ausgegeben. Die folgend
Bände sollen in möglichst kurzen Zwischenräum
erscheinen.

Erlangen, Anfangs September 1850.

Palm'sche Verlagsbuchhandlung